This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 059 422 659

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY

Received FEB 15 1929

Digitized by Google

BIEL-BIENNE

Digitized by Google

Digitized by Google

Zeitschrift

des

Bernischen Juristenvereins.

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung

der

Kantone Bern, Aargau, Solothurn und Luzern.

Unter Mitwirkung mehrerer schweizerischer Juristen

herausgegeben

von

Dr. K. G. König,

Professor des Rechts.

Dreizehnter Band.

Jahrgang 1877/78.

Bern.

Druck und Expedition der Stämpflischen Buchdruckerei.

1878.

Digitized by Google

FEB 1 5 1923

Digitized by Google

Inhaltsverzeichniß.

I. Abhandlungen und größere Excurse.

König, Prof. Dr. K. G. Fragen aus dem Eherecht. S. 1 fl.
König, Prof. Dr. K. G. Haftbarkeit des Dienstherrn für Handlungen seiner Angestellten nach bern. Recht, und Erläuterung des Ausdrucks „beim Betrieb". S. 119 fl.
König, Prof. Dr. K. G. Zufertigung von Grunddienstbarkeiten. S. 81 fl.
Gasser. Condictio indebiti in Wechselsachen. S. 192 fl.
König, Prof. Dr. K. G. Erkennung des Geltstages; bürgerliche Folgen; Beginn derselben. S. 202, 354, 400.
König, Prof. Dr. K. G. Concordat über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel. S. 317.
König, Prof. Dr. K. G. Rekurs gegen den Beweisentscheid in Sachen, welche vor dem Gerichtspräsidenten oder Amtsgericht instruirt und von denselben erstinstanzlich beurtheilt werden. S. 393.
König, Prof. Dr. K. G. Weibergutsempfangschein nach Anrufung des Geltstages. S. 371 fl.
Zeerleder, Dr., Oberrichter. Die Appellabilität des Beweisdekrets im summarischen Prozesse. S. 401 fl.
Fick, Prof. Dr. H. Ueber den Begriff des Betriebes einer Eisenbahn- oder Dampfschifffahrts-Unternehmung nach dem Bundesgesetze betreffend die Haftpflicht derselben bei Tödtungen und Verletzungen. S. 401 fl.
König, Prof. Dr. K. G. Cession einer getilgten Forderung. S. 444.
König, Prof. Dr. K. G. Bedeutung der Policenklausel, daß alle nicht binnen drei Monaten nach erklärter Zahlungsweigerung rechtlich eingeforderten Ansprüche erlöschen. S. 459 fl.

II. Rechtsprechung des Kantons Bern.

I. Alter Kantonstheil.

A. Civilrecht.

1. Allgemeine Rechtslehren und Personenrecht.

Handlungsfähigkeit einer unabgetheilten Wittwe. Wesentliche Capitalveränderung durch Abschluß eines Verpfründungsvertrages. S. 40.

Digitized by Google

Uebereinkunft von einer waadtländischen Weibsperson ohne Mitwirkung eines außerordentlichen Beistandes abgeschlossen, ist unanfechtbar, wenn nach erfolgter Emancipation Anerkennung erfolgt ist. S. 66.
Paternitätsklage einer fremden Weibsperson. S. 101.
Durch Bevogtung der Wittwe fällt das Zustimmungsrecht der Kinder dahin. S. 321.
Wittwen sind nur für Handlungen an die Einwilligung ihrer Kinder gebunden. Bei Unterlassungen treten die gesetzlichen Folgen ein ohne Rücksicht auf den Willen der betreffenden Person. S. 344. Bemerkungen dazu. S. 345.
Weibergutsempfangschein nach Anrufung des Geltstages. S. 370. Bemerkungen dagegen. S. 371.
Das schweizerische Bürgerrecht wird nur durch Entlassung verloren, nicht durch Erwerb eines anderen. S. 453
Emancipationsgesetz findet keine Anwendung auf Mütter unehelicher Kinder. S. 455.

2. Dingliches Sachenrecht.

Recht auf Wasser. Störung der Ausübung durch Anlage einer Brunnenleitung. S. 74.
Unterhaltungspflicht eines Weges. S. 328.

3. Erbrecht.

Notherbrecht der Ehefrau wird durch Concurs des Ehemannes nicht aufgehoben. S. 344.
Testamentsabsetzungsklage. Provocation nur zulässig bei speziell nachgewiesenem wesentlichem Interesse. S. 455.

4. Obligationenrecht.

Ablauf eines stillschweigend erneuerten Pachtvertrages. S. 48.
Waarenbestellung des Ehemannes als vermuthlicher Bevollmächtigter seiner Ehefrau. S. 51.
Zugrecht der Tochter hebt dasjenige des Oheims auf. S. 53.
Quittung, welche nicht in einen unterpfändlich versicherten Titel eingetragen ist, erzeugt für dritte Personen keine Verbindlichkeit. S. 55.
Haftbarkeit der Eisenbahn wegen Manco oder Verspätung. Spedition über mehrere Bahnlinien. S 60, 70, 85, 198, 305.
Zahlungen gestützt auf gefälschte Cession ungültig. S. 67.
Gültigkeit einer Cession. S. 72.
Kaufvertrag im Zustande der Trunkenheit abgeschlossen. S. 99.
Bürgschaftsverpflichtung für Verbindlichkeiten eines Dritten aus gegenwärtigen und künftigen Verträgen. S. 104.
Vertrag betreffend Nichtausübung eines Berufes. S. 113.
Beschädigung durch ein Thier. Haftpflicht des Eigenthümers. Culpa in eligendo. S. 114.
Verletzung eines Arbeiters. Haftpflicht der Eisenbahn. S. 118.
Culpose Tödtung. Klage wegen mangelnden Beweises abgewiesen. S. 299.

Digitized by Google

Aufhebung einer Erbpacht wegen Nichtbezahlung von Pachtzinsen. Loskaufsrecht. S. 309.
Benutzung eines Credites, welcher einem Associé eröffnet worden ist, durch die Firma, welcher er angehört. S. 311.
Eine Obligation, die vom Schuldner für redliche Schulden zu einer Zeit ausgestellt wird, wo er materiell concursfähig war, ist gültig, wenn dabei keine rechtswidrige Absicht obwaltete und auch der Gläubiger keine Kenntniß von der wirklichen Vermögenslage des Schuldners hatte. S. 313.
Verantwortlichkeit eines Advokaten wegen fahrlässiger Geschäftsbesorgung. S. 315.
Schadenersatzklage gegen den Staat wegen Handlungen von Behörden setzt Verletzung der Amtspflichten voraus, und daß aus derselben ein Schaden entstanden sei. S. 322.
Rücktritt vom Vertrag wegen verspäteter Lieferung. S. 338
Anerkennung eines Buchauszuges, worin der Schuldner für Rückstände mit Zins belastet wird, gilt als Anerkennung der Zinspflicht. S. 346.
Verpflichtung des Depositars. Culpa lata. S. 352.
Nachträgliche Abtretung einer getilgten Forderung. S. 441. Bemerkung dagegen. S. 444.
Regreßrecht einer Eisenbahn gegen die nachfolgende Bahn. S. 447. Verschiedenheit der bernischen und baslerischen Rechtsprechung. S. 450.

5. Wechselrecht.

Das wechselrechtliche Vollziehungsverfahren ist nicht gegen den einzelnen Gesellschafter zu richten, sondern gegen die Firma. S. 469, 277.
Ist nur zulässig, wenn die Schuldverpflichtung eine wechselmäßige ist. S. 469 und 274.

B. Ordentlicher Civilproceß.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. S. 56, 196, 456.
Exceptio rei transactae. S. 66 und 67.
Ein nachträglich entdecktes Beweismittel zu verschiedenen Thatsachen muß auf einmal angerufen werden. S. 87.
Beweisführung durch Sachverständige. Unzulässigkeit eines direkten Gegenbeweises. Zeugenladung ohne Angabe der Beweissätze. S. 95.
Stipulirender Notar nur dann als Zeuge verwerflich, wenn ihm der Streit verkündet worden ist. S. 109. Bemerkungen dazu 110, 113.
Streit über die Frage, ob eine Thatsache als Klagsergänzung oder als Schutzbehauptung anzusehen sei, ist nicht Gegenstand einer Beweiseinrede. S. 112.
Eideszuschiebung gegen den Inhalt einer Urkunde. S. 116.
Verwerflichkeitseinrede gegen den Inhalt eines Zeugen. S. 201.
Edition einer im Staatsarchiv liegenden Urkunde. S. 309.
Erneuerung der Rechtsversicherung, wenn die durch Bürgschaft geleistete in Folge des Geltstages des Bürgen dahingefallen ist. S. 348.

Digitized by Google

Keine Appellation gegen ein Beweisdekret zulässig in denjenigen appellabeln Fällen, wo der Gerichtspräsident nicht nur Instructionsrichter, sondern auch erstinstanzlich urtheilender Richter ist. S. 362. Bemerkung dagegen. S. 363 ff. Rechtfertigung. S. 401 ff.

C. Vollziehungsverfahren.

Cassation eines Vollziehungsbefehles, weil dem Anspruch eine dilatorische Einrede entgegenstund. S. 58.

Einspruchsklage. Nichtvorladung von Betheiligten berechtigt nicht zu einer uneinläßlichen Antwort. Anweisung auf unversteigert gebliebene Gegenstände ist datio in solutum, wenn keine Ausschlagung erfolgt. Berechnung des Zinsenlaufes. S. 88.

Actio Pauliana. S. 289, 353, 358.

Vindication von Ducatenstücken im Geltstag. S. 293.

Forderung eines Gesellschafters auf Herausgabe seines Antheiles an dem Gesellschaftsvermögen concurrirt nicht mit Forderungen anderer Gläubiger. S. 294.

In einem Vindicationsstreit ist kein Beweisentscheid auszuheben und die Appellation sofort zu erklären. S. 308.

Realarrest gegen einen Concursiten unzulässig. S. 342. Bemerkung über die Frage, welche Gläubiger auf neu erworbenes Vermögen des Concursiten Anspruch erheben können. S. 343.

Mündliche Benachrichtigung des Schuldners von der Gantsteigerung. S. 349. Bemerkung der Redaction dagegen. S. 350.

Arrest gegen einen in Rußland domicilirten Schweizer durch einen ebendaselbst wohnhaften Landsmann auf in der Schweiz befindliches Vermögen. S. 380.

Betreibung gegen einen auswärtswohnenden Schuldner. Verpflichtung, den Schuldner für persönliche Forderungen an seinem Wohnorte zu belangen, beruht nicht auf allgemeinen Grundsätzen, sondern nur auf positivem Recht. S. 471.

II. Jura bernois.

Art. 1362 c. c. durch das Gesetz über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen außer Wirksamkeit gesetzt. S. 99.

Régime dotal. Dot constituée par la femme. Demande en restitution. Garantie due pour éviction partielle. Contre-répétitions formées par les héritiers du mari. Frais d'établissement d'enfants nés d'un mariage antérieur. Intérêts de la dot. S. 203.

Action en bornage. Jouissance entre co-propriétaires. Servitude réclamée sur un fonds précédemment indivis. Effets du partage. S. 216.

III. Entscheidungen des Regierungsrathes und der Justizdirektion betreffend:

Vormundschaftswesen. S. 184. Grundbuchführung. S. 185. Notariat. S. 186.

Digitized by Google

IV. Kanton Zürich.

Ueber die Verpflichtung von Emissionshäusern gegenüber Subscribenten von Actien; Bedeutung des Prospektes. Natur des diesfälligen Rechtsverhältnisses. S. 223 fl.

Zur Interpretation des § 1260 des Civ.-Ges. betreffend das Verbot, eine bereits im Verkehr stehende Firma zu wählen. S. 248 fl.

Compensation der Forderung einer Filiale mit einer Forderung gegen das Haupthaus. Voraussetzung der Compensation. „Feste Anstellung" einer Waare. Liegenbleiben eines Telegrammes. S. 250. Bemerkung dazu von Dr. Meili.

Rechtliche Verfolgbarkeit einer kaufmännischen Filiale am Domicil derselben. S. 261 fl.

Interpretation des eidg. Gesetzes betreffend die Haftpflicht der Eisenbahnen. Was gehört zum Betriebe?

Urtheil Walder gegen Nordostbahn. S. 473 fl.
Urtheil Streuli gegen Nordostbahn. S. 476 fl.
Urtheil Frei gegen Nordostbahn. S. 484 fl.

V. Kanton Luzern.

Compensation beim Wechsel im Concurse. S. 168. Bemerkung des Herrn Dr. Weibel. S. 272.

Legitimation des Wechselinhabers zur Geltendmachung des Wechselanspruchs gegen den Aussteller eines Eigenwechsels mit Quittungsvermerk des letzten Indossatars. Beginn des Verzugszinsenlaufes. S. 273 fl.

Bezeichnung „Wechsel" oder „lettre de change" in einem Ordre-Billet als Bedingung der Wechselexecution ohne vorgängiges Urtheil. S. 274.

Bedeutung des Concursprocesses für eingegebene bestrittene Wechsel. Beweislast für die Behauptung, die Valuta nicht erhalten zu haben. Bedeutung der Clausel in einem Wechsel: „Werth in Rechnung". S. 275 fl.

Unwirksamkeit einer auf dem Wechsel nicht eingetragenen Verlängerung der Verfallzeit. S. 277.

Unzulässige Execution des auf eine Firma lautenden Wechsels gegen einen Gesellschafter. S. 277.

VI. Schweizerischer Juristenverein.

XV. Jahresversammlung desselben und Verhandlungen. S. 129 fl.
Verzeichniß der Jahresversammlungen. S. 181.

VII. Kreisschreiben.

a. Des Bundesrathes:
Betreffend Anwendung einzelner Artikel des Civilstandsgesetzes. S. 283 fl.

Digitized by Google

b. Des Appellations- und Cassationshofes:
Betreffend Paternitätsproceß und Aussöhnungsversuch in Ehescheidungssachen. S. 279 fl.
Betreffend Mißbräuche im Betreibungsverfahren. S. 398 fl.

VIII. Literarische Anzeigen.

Das [illegible]anzösische Privilegien- und Hypothekenrecht, von Dr. Ernst Sigismund Puchelt, Reichsoberhandelsgerichtsrath. Zwei Abtheilungen mit 366 und 275 Seiten. Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1876. S. 278. Von Dr. Alb. Zeerleder.

Laband, P. Das Staatsrecht des deutschen Reiches. I. Band (1876), II. Band (1877). S. 383. Von Dr. Fr. Meili in Zürich.

James Paterson. Commentaries on the Liberty of the Subject and the Laws of England relating to the security of the Person. 2 vol. London. Macmillan and Co. 1877. S. 388. Von Prof. Dr. K. G. König.

Pollock, Frederick. A Digest of the Law of Partnership. London. Stevens and Sons. 1877. S. 392. Von Prof. Dr. K. G. König.

Juristische Dissertationen der Universität Genf und der Akademie Lausanne. S. 395 und 510. Von Prof. Dr. K. G. König.

Dr. J. Dubs. Das öffentliche Recht der schweizerischen Eidgenossenschaft. Dargestellt für das Volk. Theil I. Allg. Einleitung und Kantonalstaatsrecht. Zürich. Orell, Füßli & Comp. 1877. S. 506. Von Prof. Dr. Samuely.

Ulrich, F. Th. Die Deposition und Dereliktion behufs Befreiung des Schuldners. Zürich. 1877. (Inauguraldissertation.) S. 509. Von Prof. Emil Rott.

Joh. Michael Franz Birnbaum; ein Cultur- und Lebensbild, entworfen von Prof. Dr. Carl Gareis. Gießen. 1878. S. 512. Von Prof. Dr. K. G. König.

Digitized by Google

Zeitschrift

des

Bernischen Juristen-Vereins.

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung der Kantone Bern, Luzern, Aargau und Solothurn.

Band XIII. 1. Heft. 1877.

Fragen aus dem Eherecht.

VI.

Wir kommen nun auf den in Bd. XII, S. 1 fl. mitgetheilten Fall zurück.

Magdalene Baud aus dem Kanton Waadt hatte sich mit dem im Kanton Bern niedergelassenen Oestreicher J. C. Felder verheirathet, und es waren die Eheleute durch das competente östreichische Gericht von Tisch und Bett geschieden worden, da eine vollständige Trennung nicht hatte ausgesprochen werden können. Obschon die Ehefrau der protestantischen Confession angehörte, so war eine Wiederverheirathung derselben zu Lebzeiten des anderen Ehegatten nach östreichischem Recht doch eine Unmöglichkeit. In Folge dessen bewarb sie sich um Entlassung aus dem östreichischen Staatsverband, und erwarb, nachdem ihrem Gesuch entsprochen worden war, das Ortsbürgerrecht von Guttannen, Kantons Bern, und durch Naturalisation das bernische Landrecht. Diese Aenderung ihrer Staatsangehörigkeit war somit abweichend von dem Fall Beaufremont unter Zustimmung der östreichischen Regierung vor sich gegangen, und die Felder war mit der

Digitized by Google

Absicht, ihre Wiederverheirathung zu ermöglichen, aus ihrem bisherigen Staatsverbande entlassen und in den neuen aufgenommen worden. Von nun an gehörte sie dem Kanton Bern an, während ihr gewesener Ehegatte östreichischer Unterthan verblieb. Da sie ferner Protestantin war, ihr gewesener Ehegatte dagegen Katholik, so haben wir es mit Ehegatten verschiedener Confession zu thun und es fragte sich nun, ob der Ehefrau Felder die Wiederverehelichung sofort zu gestatten sei oder ob noch ein Trennungsurtheil ausgewirkt werden müsse, und welche Gesetzgebung hier zur Anwendung komme.

Die östreichische Gesetzgebung unterscheidet zwischen Scheidung der Ehegatten von Tisch und Bett und Trennung der Ehe dem Bande nach. Sind beide Ehegatten oder auch nur einer katholisch, so kann eine Trennung nicht erfolgen, sondern es müssen sich die Ehegatten mit der Scheidung begnügen. Sind dagegen die Ehegatten protestantischer Confession, so kann eine vollständige Trennung stattfinden, wenn einer der in § 115 des östr. b. G.-B. angeführten Ehescheidungsfälle vorhanden ist. Indessen muß auch hier eine einmalige oder wiederholte Scheidung von Tisch und Bett vorausgehen, bevor zur Trennung geschritten werden kann. Die Scheidung im Gegensatz zur Trennung ist entweder eine solche, die von beiden Ehegatten verlangt wird oder nur von einem; sie geschieht daher entweder mit oder ohne Einverständniß, denn aus bestimmten gesetzlichen Gründen kann der eine Ehegatte auch gegen den Willen des anderen die Scheidung verlangen. Sie ist ferner in der Regel eine immerwährende, sich auf das ganze Leben erstreckende, wenn sie mit Einverständniß erfolgt, selbst wenn nicht Gründe vorliegen, welche unter Ehegatten protestantischer Confession eine Trennung zur Folge haben würden. Wird dagegen die Scheidung einseitig, d. h. ohne Einverständniß, nur von einem Ehegatten verlangt, so kann sie in der Regel nur auf bestimmte Zeit ausgesprochen werden, wenn nicht Ehebruch des einen Ehegatten dem anderen Grund zur Klage gegeben

Digitized by Google

hat. Kirchstetter Comm. zu § 110. In unserem Falle wurde die Scheidung im gegenseitigen Einverständniß ausgesprochen, somit auf Lebenszeit, und wir haben nicht zu untersuchen, ob diejenigen Gründe vorhanden gewesen seien, welche in der Regel nach östreichischem Recht zu Stellung eines solchen Begehrens berechtigen. Mit Bezug auf solche nicht für eine bestimmte Zeit ausgesprochene Scheidungen spricht sich nun Schulte, Handbuch des katholischen Eherechtes, S. 596, folgendermaßen aus:

„Was die dauernde Trennung von Tisch und Bett betrifft, so ist vom Gesichtspunkt des allgemeinen deutschen Rechtes im Allgemeinen aufrecht erhalten, daß dieselbe für Katholiken gleichbedeutend mit Ehescheidung ist."

Wenn dessenungeachtet nicht die volle Wirkung der Ehescheidung eintreten konnte, so lag der Grund in der östreichischen Gesetzgebung, welche eine Auflösung der Ehe nicht zuläßt, wenn auch nur einer der beiden Ehegatten katholisch ist. So lange daher dieses Hinderniß dauerte, konnte von einer Wiederverheirathung der Felder nicht die Rede sein. In solchen Fällen wurde nun wiederholt zu dem zweifelhaften Mittel gegriffen, daß einer der beiden Ehegatten sich, ohne Mitwirkung des Anderen, im Auslande unter einer günstigeren Gesetzgebung naturalisiren ließ, um nun auf dieselbe gestützt zu den vollen Wirkungen einer Ehescheidung zu gelangen.

Als Belege und zur Warnung lassen wir hier zwei französische Urtheile folgen, welche trotz erfolgter Naturalisation schweizerische Ehescheidungsurtheile nicht anerkannten, und die Wiederverheirathung der geschiedenen Ehegatten verhinderten.

Die französischen Eheleute Vidal hatten durch die competenten französischen Gerichte eine séparation de corps ausgewirkt; später erwarb die Ehefrau für sich und ihren Ehemann das Kantonsbürgerrecht von Schaffhausen, ließ sich sogann durch die dortigen Gerichte von ihrem Ehemann scheiden, und wollte nun, frei geworden, eine zweite Ehe

Digitized by Google

eingehen. Der Ehemann Vidal, der von der ganzen Ehescheidungsprocedur keine Kenntniß gehabt hatte, erhob Einspruch und das Gericht — Tribunal civil de la Seine — cassirte die zweite Ehe der Madame Vidal, unter Annahme folgender Motive:

« Attendu que, de ce qui précède et en même temps des autres documents de la cause, il résulte que les époux Vidal ont sollicité la nationalité suisse et poursuivi leur divorce par suite d'une action concertée entre eux, dans le but de faire fraude en principe de la loi française, qui consacre l'indissolubilité du lien conjugal;

« Que, ni l'un ni l'autre, ils n'ont acquis la nationalité suisse, en vue d'exercer désormais tous les droits qu'elle confère, et sous la charge d'accomplir les obligations qu'elle impose;

« Que Vidal n'a pas quitté la France, et qu'il a continué de résider à Paris, où il habite encore;

« Que, pareillement, la dame Vidal ne s'est soumise à une loi étrangère que pour échapper par le divorce aux liens de son premier mariage et pour en contracter aussitôt un second, par lequel elle a recouvré la qualité qu'elle venait d'abdiquer;

« Attendu, en droit, que le second mariage contracté avant la dissolution du premier est frappé par la loi française d'une nullité absolue;

« Que si, comme dans l'espèce, la naturalisation a été poursuivie exclusivement en vue de faire fraude à la loi française et d'en éluder certaines prohibitions fondamentales, elle ne saurait être invoquée à l'encontre des intérêts d'ordre public et d'ordre privé que cette même loi a pour but de protéger;

« Attendu que le droit des tribunaux français, ainsi envisagé, ne porte aucune atteinte au principe de l'indépendance respective des souverainetés;

« Que leurs décisions n'invalident pas l'acte émané de la puissance étrangère qui, en lui-même, échappe à leur

Digitized by Google

contrôle; qu'elles se bornent à lui refuser effet au regard des personnes qu'il ne peut lier et pour lesquelles il est non avenu, ou à l'encontre de la loi nationale dont elles doivent maintenir l'autorité;

« Attendu que les défendeurs ne peuvent, dès lors, se prévaloir de l'acte de naturalisation qu'ils invoquent, et ne peuvent non plus exciper de la sentence de divorce qui en a été la conséquence;

« Attendu, par conséquent, que le premier mariage de la dame Vidal n'était pas légalement dissous au regard de la loi française, lorsqu'elle a contracté le second, qui se trouve ainsi entaché d'une nullité radicale; que les défendeurs invoquent inutilement la bonne foi qui a présidé à leur union, laquelle aurait été célébrée sous l'empire d'une erreur de loi partagée par l'officier de l'état civil lui-même;

« Le jugement prononce donc l'admission de l'intervention du ministère public, dans l'instance introduite par Vidal, à fin de nullité du second mariage de la dame Vidal. Il déclare nul et de nul effet le mariage contracté par la dame Vidal avec le sieur Geoffroy, devant l'officier de l'état civil du 1er arrondissement de Paris, le 23 janvier 1875, et ordonne que mention du présent jugement sera faite en marge de l'acte concernant le dit mariage. »

Der zweite Fall, welcher den französischen Gerichten Veranlassung zum Einschreiten bot, ereignete sich im Kanton Bern und hatte die Cassation eines Urtheiles zur Folge, welches vom Amtsgerichte Laupen ausgefällt worden war. Dieses Amtsgericht läßt sich überhaupt in Ehesachen zu Allem willig gebrauchen und scheint kantonale und eidgenössische Gesetze entweder nicht zu kennen oder nicht anwenden zu wollen. Dieß ergiebt sich nicht nur aus diesem Beispiel, sondern noch aus einem anderen, welches wir später anführen werden.

Ein französisches Ehepaar wurde durch Urtheil des Appelhofes von Caen vom 12. Juli 1869 von Tisch und

Digitized by Google

Bett geschieden und güterrechtlich getrennt. Hierauf begab sich der Ehemann in die Schweiz, erwarb das bernische Staatsbürgerrecht und das Burgerrecht von Neuenegg, wo er Wohnsitz nahm. Von hier aus leitete er ein Scheidungsverfahren gegen seine Ehefrau ein und zwar in contumaciam, indem er vorgab, sie sei unbekannten Aufenthalts, während er ihren damaligen Wohnsitz in Bordeaux sehr wohl kannte. Im Widerspruch mit allen gesetzlichen Vorschriften wurde die Klage angenommen und, ohne Beobachtung der innezuhaltenden Fristen, gleich beim ersten Termine vom 23. Januar 1875 zugesprochen. Dieses Urtheil wurde der angeblich unbekannt abwesenden Frau durch das bernische Amtsblatt mitgetheilt, worauf der Ehemann sich am 20. Februar gleichen Jahres in Neuenegg mit einer Louise Theron zum zweiten Mal verheirathete. Gegen diese zweite Ehe erhob die französische Staatsanwaltschaft eine Nichtigkeitsklage und das tribunal civil de la Seine verwarf die von Seiten des Ehemannes aufgeworfene Incompetenzeinrede, aus Motiven, welche materiell die Frage entscheiden und uns nicht zur Ehre gereichen. Dieselben lauten:

Attendu que Numa-Justin Gravelle-Desvallée, Français d'origine, a contracté mariage à Thionville, le 8 septembre 1863, avec Marie Saint-Lot, également Française d'origine;

Qu'un arrêt de la Cour d'appel de Caen, du 12 juillet 1869, a déclaré les époux Gravelle-Desvallée séparés de corps et de biens;

Que le 4 décembre 1874, Gravelle-Desvallée a été admis, sur sa demande, à l'indigénat bernois par lettres du conseil du canton de Berne, comme domicilié à Neuenegg et ayant acquis le droit de bourgoisie dans cette commune;

Attendu qu'antérieurement, en date du 7 novembre 1874, Gravelle-Desvallée avait assigné sa femme, pour le 17 janvier 1875, devant le conseil paroissial de Neuenegg à fin de tentative de conciliation sur une demande en divorce, et, pour le 23 du même mois, devant le Tribunal

Digitized by Google

du district de Laupen à fin d'admission de la dite demande ;

Que, dans l'acte d'assignation, il présentait sa femme comme étant née en France, mais comme ayant un domicile de lui inconnu, alors qu'appartenant l'un et l'autre à la même famille, il ne pouvait ignorer qu'elle était domiciliée à Bordeaux ;

Que la procédure a été suivie sur ces errements par défaut contre la demanderesse, les actes étant seulement insérés dans la *Feuille officielle* du canton de Berne à titre de notification à la partie intéressée ;

Qu'enfin un jugement du Tribunal de Laupen, du 23 janvier 1875, rendu également par défaut, a déclaré le mariage des époux Gravelle-Desvallée complétement dissous, et a laissé au demandeur la faculté de se remarier sans aucun temps d'attente ;

Attendu que de son propre aveu, tel qu'il resulte de la demande par lui déposée au Tribunal de Laupen, le 30 décembre 1874, Gravelle-Desvallée poursuivait la dissolution de son mariage dans le but exclusif de faire sanctionner par la loi suisse une nouvelle liaison qui s'était établie en France entre lui et une tierce personne d'origine française ;

Qu'en effet, le jugement du 23 janvier 1875 ayant été notifié à la dame Gravelle-Desvallée, comme les autres actes, par une insertion dans la *Feuille officielle* du canton, Gravelle-Desvallée a contracté, le 20 février suivant, devant le pasteur de l'église de Neuenegg, un second mariage avec Louise Théron ;

Attendu qu'en cet état, le ministère public poursuit, tant contre Gravelle-Desvallée et Louise Théron qu'au regard de Marie Saint-Lot, l'annulation du dit mariage, comme ayant été célébré au mépris de l'art. 147 du code civil, qui interdit de former une nouvelle union aussi longtemps que la première subsiste ;

Digitized by Google

Que Marie Saint-Lot, par ses dernières conclusions, a déclaré se joindre à la demande du ministère public;

Que Gravelle-Desvallée, sans conclure au fond, décline la compétence du Tribunal français, par le motif qu'ayant acquis la nationalité suisse, il doit bénéficier des dispositions de l'article 1er du traité international du 19 octobre 1869, suivant lequel, dans les contestations qui s'élèvent en matière personnelle entre Français et Suisse, le demandeur est tenu de porter son action devant les juges naturels du défendeur;

Attendu que, pour revendiquer le bénéfice du traité de 1869, Gravelle-Desvallée ne peut s'autoriser contre le ministère public, ni contre Marie Saint-Lot, des lettres du Grand Conseil du canton de Berne, qui lui ont reconnu la nationalité suisse, non plus que Louise-Marie-Jeanne Théron ne pourrait exciper de son mariage pour prétendre qu'elle a acquis la même nationalité;

Attendu, en effet, que la naturalisation d'un Français à l'étranger a pour résultat non-seulement de lui faire acquérir la nationalité étrangère, mais en même temps de lui faire perdre la qualité de Français;

Que, sous ce dernier rapport, elle ne peut faire échec à aucun droit antérieurement acquis à des tiers, sous l'empire de la loi française;

Qu'en outre, elle doit constituer de la part du Français qui l'obtient l'exercice légitime d'un droit et non un véritable abus destiné à couvrir une violation flagrante de la loi nationale;

Attendu que si la naturalisation a été poursuivie dans le but exclusif de faire fraude à la loi française et d'en éluder certaines prohibitions fondamentales, elle ne peut être invoquée au préjudice des intérêts d'ordre général, qui ont été spécialement remis à la garde du ministère public par l'art. 84 du code civil, non plus que des intérêts d'ordre privé qui sont garantis par la même disposition;

Digitized by Google

Que la protection de ces intérêts ainsi envisagés ne porte aucune atteinte à l'indépendance des Etats, la décision des tribunaux français n'invalidant sous aucun rapport l'acte de la puissance étrangère et se bornant à lui refuser effet au regard de personnes qu'elle ne lie pas et à l'encontre de la loi nationale, dont l'autorité doit demeurer entière et absolue dans l'étendue de la souveraineté française;

Attendu que ces principes, applicables au fond du droit, le sont au même titre et pour les mêmes motifs à la compétence; qu'autrement ils seraient destitués de toute efficacité et resteraient inertes aux mains de la justice française chargée d'en assurer le respect;

Attendu que des faits relevés ci-dessus, il résulte manifestement que Gravelle-Desvallée, en acquérant la nationalité suisse, n'a eu d'autre but que d'obtenir une sentence de divorce, qui lui permettrait de contracter un second mariage avant la dissolution du premier et au mépris d'une prohibition absolue de la loi française;

Que son intention s'accuse par le soin qu'il a pris de dissimuler dans l'instance de divorce le véritable domicile de Marie Saint-Lot, de peur qu'elle ne connût cette instance et en même temps la naturalisation qui avait précédé le mariage qui devait suivre;

Que son intention s'accuse encore par ce fait qu'habitant à Paris avec Louise Théron, avant le mariage du 20 février 1875, il y est rentré avec elle immédiatement après, et qu'ils y sont demeurés jusqu'au jour où leur sécurité a été menacée par les poursuites du ministère public pour crime de bigamie;

Attendu que la compétence du tribunal français ainsi reconnu à l'égard de Gravelle-Desvallée, doit l'être de même à l'égard de Louise Théron, qui ne saurait exciper de la nationalité étrangère qu'autant que le mariage la lui aurait valablement conférée;

Digitized by Google

Attendu, en tout cas et à supposer que la nationalité suisse dût être reconnue, quant à présent, à Gravelle-Desvallée et à Louise-Marie-Jeanne Théron, que suivant l'article 1er du traité international précité, si le Suisse défendeur n'a pas de domicile ou de résidence connue en Suisse, il peut être appelé devant le tribunal du domicile du démandeur;

Qu'il appert des documents du procès que Gravelle-Desvallée et Louise-Marie-Jeanne Théron n'ont ni domicile, ni résidence connus en Suisse, où ils n'ont jamais constitué de domicile régulier et où ils n'ont établi que provisoirement leur résidence, à une époque contemporaine de leur mariage;

Qu'à ce titre encore le tribunal est compétent;

Par ces motifs, se déclare compétent; renvoie la cause à quinzaine, pour être plaidée sur le fond;

Et condamne Gravelle-Desvallée aux dépens de l'incident.

In einem dritten Fall ließ der französische Ehemann sich in der Schweiz naturalisiren, um einer Klage seiner Ehefrau auf séparation de corps aus dem Wege zu gehen, und erhob sodann eine Competenzeinrede gegen die französischen Gerichte. Dieselbe wurde vom Pariser Cassationshof unterm 19. Juli 1875 als unbegründet zurückgewiesen unter Annahme folgender Motive:

La Cour:

Attendu que de Ramondeuc, né Français, ne pourrait, en sa prétendue qualité de citoyen suisse, décliner, sur l'action en séparation de corps contre lui formée par sa femme, la compétence des tribunaux français et demander son renvoi devant les tribunaux suisses, qu'il soutient être ses juges naturels, qu'autant que la naturalisation étrangère dont il se prévaut serait opposable à la dame de Ramondeuc;

Digitized by Google

Qu'il est constaté, en fait, par l'arrêt attaqué, que, par cette naturalisation, de Romandeuc n'a eu d'autre but que de se soustraire à la juridiction des tribunaux français, d'enlever à sa femme les garanties que lui offrait cette juridiction et d'obtenir en Suisse un divorce prohibé par la loi française;

Qu'enfin cette naturalisation obtenue en quelque jours et son départ du domicile conjugal à la veille des discussions judiciaires qui allaient éclater entre lui et sa femme constituent des manœuvres frauduleuses, destinées à paralyser l'exercice des droits de la dame de Ramondeuc;

Qu'en jugeant dans ces circonstances que la naturalisation obtenue par de Ramondeuc non-seulement en fraude des droits de sa femme, mais encore en fraude de la loi française, ne pouvait être opposée à la dame de Ramondeuc et par suite en rejetant le déclinatoire par lequel de Ramondeuc demandait, comme citoyen suisse, son renvoi devant ses juges naturels en Suisse l'arrêt attaqué n'a violé ni l'art. 1er de la convention diplomatique du 15 Juin 1869, ni aucune autre loi;

Rejette . . . . . etc.

Es ist zu wünschen, daß unsere Gerichte Kenntniß nehmen von diesen Entscheidungen, und daß unsere politischen Behörden wissen, aus welchen Gründen sich so oft Ausländer um das Glück einer schweizerischen Naturalisation bewerben.

In unserem Fall kam keine Handlung in fraudem legis vor; die geschiedene Ehefrau verlangte Entlassung aus dem bisherigen Staatsverband und Aufnahme in den neuen, mit der offen ausgesprochenen und nirgends verhehlten Absicht, sich der östreichischen Gesetzgebung zu entziehen und gestützt auf die bernische eine Trennung herbeizuführen. Die Gründe daher, welche in den erwähnten Fällen die französischen Gerichte bewogen haben, ihre eigene Competenz gegenüber derjenigen der schweizerischen Gerichte festzuhalten,

Digitized by Google

würden hier nicht zutreffen, und die Frage kann nur sein, ob in Folge der Naturalisation die von dem östreichischen Gericht ausgesprochene Scheidung von Tisch und Bett sogleich mit den Wirkungen einer vollständigen Trennung versehen wurde oder ob noch ein Trennungsurtheil erforderlich war, und welches Gericht im letzteren Fall als das competente angesehen werden mußte.

Frau Felder war der Ansicht, daß eine neue gerichtliche Entscheidung überflüssig sei, und ihr das Recht zustehe, ohne weiteres zu einer neuen Ehe zu schreiten; die Justizdirektion dagegen verlangte vorherige gänzliche Auflösung der Ehe, weil das östreichische Urtheil nur auf Scheidung von Tisch und Bett laute.

Die Frage muß als eine zweifelhafte betrachtet werden. Die gleiche Unsicherheit tritt dann ein, wenn in protestantischen oder paritätischen Ländern von den geschiedenen katholischen Ehegatten einer zur protestantischen Confession übertritt, und es hat sich noch keine communis opinio darüber gebildet, ob nun das katholische Ehehinderniß der Unauflöslichkeit des Bandes noch fortwirke.

So entschied der aargauische Regierungsrath, daß ein Katholik, welcher von seiner Ehefrau „dauernd von Tisch und Bett geschieden" war, nach seinem Uebertritt zur reformirten Confession ohne förmliches Ehescheidungsurtheil zur Eheverkündigung und Trauung zugelassen werden dürfe, weil nach § 122 des aargauischen Personenrechts die Aufhebung der Ehe für jeden Theil nach dem gesetzlichen Begriff seines Bekenntnisses zu beurtheilen sei. Hirzel Commentar zu § 122.

Nach S. 108 des bernischen Civilgesetzbuches soll das Gericht bei katholischen Ehegatten nicht auf Ehescheidung erkennen, sondern bei erwiesenen Ehescheidungsgründen bloß die bürgerlichen Folgen der Ehe auf Lebenszeit aufheben.

Da in diesem Falle das Ehehinderniß nur in der Verschiedenheit der Confession liegt, so fällt es dahin für denjenigen Ehegatten, welcher zur reformirten Confession über-

Digitized by Google

tritt. Diesem die Wiederverehelichung ohne weiteres zu gestatten, würde in der Natur der Sache liegen.

Das Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung schreibt dagegen in § 77 eine neue richterliche Entscheidung vor:

„Ist vor dem Tage, an welchem dieses Gesetz in Kraft tritt, auf beständige Trennung von Tisch und Bett erkannt worden, so kann, wenn eine Wiedervereinigung der getrennten Ehegatten nicht stattgefunden hat, jeder derselben auf Grund des ergangenen Urtheils die Auflösung des Bandes der Ehe im ordentlichen Prozeßverfahren beantragen."

Dieser Passus enthielt ursprünglich folgende sehr abweichende Fassung:

„Ist vor dem Tage, an welchem dieses Gesetz in Geltung tritt, auf beständige Trennung von Tisch und Bett erkannt worden, so erlangt, wenn sich die getrennten Ehegatten inzwischen nicht wieder vereinigt haben, das Erkenntniß mit jenem Tage die Kraft einer das Band der Ehe auflösenden Entscheidung."

Diesem Passus vorangehend und zum Gesetz erhoben, enthält der § 77 folgende Bestimmung:

„Wenn nach dem bisherigen Recht auf beständige Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett zu erkennen sein würde, ist fortan die Auflösung des Bandes der Ehe auszusprechen."

Dieser und der vorhergehende Satz wurden von der Regierung folgendermaßen motivirt:

„Das katholisch-kirchliche Eherecht erkennt im Falle des Ehebruchs dem unschuldigen Ehegatten das Recht zu, die gänzliche Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft zu verlangen. Es bezeichnet jedoch diese Aufhebung der Ehe mit dem Namen einer beständigen Trennung von Tisch und Bett, um sich nicht durch Zulassung einer Scheidung der Ehe mit seinem dogmatischen Lehrsatze von der Unauflöslichkeit der Ehe in Widerspruch zu setzen.

Digitized by Google

Im Eingang der Motive ist bereits ausgeführt worden, daß nach Einführung der bürgerlichen Eheschließungsform kirchliche Satzungen auf diesem Gebiete des bürgerlichen Rechts eine Anerkennung von Seiten des Staates nicht ferner beanspruchen können.

Hieraus folgt zunächst, daß das lediglich in dem dogmatischen Lehrsatze einer Confession beruhende Hinderniß der Scheidung der Ehe vom Bande für die weltliche Gesetzgebung keinen Grund abgeben darf, die Möglichkeit einer Ehescheidung auszuschließen. Aus gleichem Grunde müssen aber weiter die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes ergangenen Erkenntnisse auf beständige Trennung von Tisch und Bett die Kraft von Scheidungserkenntnissen erlangen. Dem entsprechend ist bereits bei Erlaß des Preußischen Allgemeinen Landrechts und neuerdings für Elsaß-Lothringen in dem Gesetz vom 27. November 1873 § 3 verfahren worden, auch beruhte die Eingangs dieser Erörterungen erwähnte Resolution des preußischen Abgeordnetenhauses auf gleichen Erwägnngen."

Im Reichstage fand die von der Regierung vorgeschlagene Fassung lebhafte Anfechtung, namentlich von Seiten des Abgeordneten Reichensperger (Olpe). Auch Schulte sprach sich gegen Absatz 2 aus, stellte dagegen für die dritte Lesung ein Amendement in Aussicht, welches der jetzigen Fassung des § 77 entspricht. In Folge dessen wurde Absatz 1 angenommen, Absatz 2 dagegen abgelehnt; bei der dritten Lesung aber von Marquardsen und Genossen ein Amendement eingebracht, welches als Absatz 2 zu § 77 angenommen wurde. Der Bundescommissär bemerkte hierüber, nachdem der von der Regierung vorgeschlagene Weg verworfen worden sei, bleibe nunmehr nur der andere Weg, durch ein besonderes Verfahren das Erkenntniß auf Trennung in ein Scheidungserkenntniß umzuwandeln. Wenn dieses aber richtig sei, dann könne wohl das Verfahren nur einfach darin bestehen, daß jedem Ehetheil, gleichviel ob er schuldig

Digitized by Google

oder unschuldig sei, das Recht gegeben werde, ein solches prozessualisches Verfahren zu beantragen.

Die von der Bundesregierung zuerst beantragte Fassung ist unseres Erachtens die consequentere und die zweite mehr als eine Concession an die katholischen Mitglieder des Reichstages aufzufassen. Wo daher eine Nothwendigkeit nicht vorliegt, von dem consequenten Rechte abzuweichen, soll dasselbe zur Anwendung gebracht werden.

Wir müssen nun bei der Scheidung von Tisch und Bett unterscheiden zwischen der zeitweiligen und der dauernden, immerwährenden, auf Lebenszeit ausgesprochenen. Nur die letztere ist gleichbedeutend mit Ehescheidung, und wo daher die Gesetzgebung auf katholische Lehrsätze keine Rücksicht mehr nimmt, und Ehehindernisse, die nur auf ihnen beruhen, nicht mehr anerkennt, da liegt auch kein Grund vor, eine Scheidung, welche dem Wesen nach eine Ehetrennung ist, nicht auch als solche mit allen ihren Wirkungen anzuerkennen.

Nach östreichischem Rechte ist nun eine Trennung von Tisch und Bett, die mit gegenseitiger Einwilligung vom Gerichte ausgesprochen wird, als eine immerwährende aufzufassen, insofern das Gegentheil nicht vereinbart worden ist; demgemäß war die von dem östreichischen Gerichte ausgesprochene Scheidung der Eheleute Felder als eine Ehescheidung zu betrachten, und vom Augenblick an, wo die östreichische Gesetzgebung nicht mehr hindernd in den Weg trat, auch zu behandeln.

Die Justizdirektion hätte daher die an sie gestellte Frage der Felder, ob sie auf Grundlage des Scheidungsurtheiles vom 13. Januar 1870 ihre Ehe mit Felder als gänzlich aufgelöst betrachten und somit ohne weiteres sich wieder verheirathen könne, bejahend entscheiden sollen.

Wenn dagegen eine separatio quoad thorum et mensam nur auf eine bestimmte Zeit ausgesprochen ist, so kann eine völlige Lösung des Ehebandes nur durch ein gerichtliches Urtheil erfolgen.

Digitized by Google

In Folge des Entscheides der Justizdirektion mußte die Felder den Rechtsweg betreten, und hier entstund nun wieder die Frage, welches der competente Richter sei. Das Amtsgericht Biel, in dessen Bezirk die Felder niedergelassen war, erklärte das Gericht des Wohnsitzes der Ehefrau für das competente, der Appellations- und Cassationshof dagegen dasjenige des Wohnsitzes des Ehemannes. Wir halten die erstere Ansicht für die richtige.

Während der Dauer der Ehe hat die Ehefrau das Domizil des Ehemannes, nach Trennung derselben steht ihr die Wahl desselben zu, auch wenn nur separatio quoad thorum et mensam ausgesprochen worden ist. Nun wohnte der Ehemann in Meiringen, die Ehefrau dagegen in Bözingen, er war Oestreicher, sie Schweizerin. Das Gericht seines Wohnsitzes hatte in Ehesachen über ihn keine Jurisdiction, denn in Scheidungssachen von Ausländern ist nur das ausländische Gericht competent und auf das inländische kann eine Jurisdiction nur durch Delegation übertragen werden. Das Gericht von Meiringen, als Wohnsitzgericht des Ehemannes, konnte daher in Ehesachen des letzteren nicht entscheiden. Das einzige Gericht daher, welches über einen der Ehegatten in Ehesachen Jurisdiction besaß, war dasjenige des Wohnsitzes der Frau, somit das Amtsgericht von Biel. Es konnte auch nur die Scheidung aussprechen mit Rücksicht auf die Frau, nicht auch mit Rücksicht auf den Mann, welcher an sein östreichisches Urtheil gebunden blieb.

Würde das Domizil des Ehemannes als maßgebend erachtet werden, so könnte er sich einem Scheidungsbegehren der Frau durch Verlegung des Wohnsitzes in's Ausland mit Leichtigkeit entziehen. Er brauchte sich nur in seine Heimath zu begeben, um ein vollständiges Scheidungsurtheil unmöglich zu machen. Ein solches Recht kann ihm aber namentlich dann nicht zugestanden werden, wenn beide Ehegatten nicht mehr dem nämlichen Staate angehören, sondern der eine mit Zustimmung der Behörden seine Staatsangehörigkeit verändert hat.

Digitized by Google

VII.

Die schweizerischen Gerichte haben nur in Ehescheidungssachen eigener Angehöriger zu urtheilen und mit Bezug auf niedergelassene Ausländer bestimmt:

Art. 56. In Bezug auf Ehen zwischen Ausländern darf eine Scheidungs- oder Nichtigkeitsklage von den Gerichten nur dann angenommen werden, wenn nachgewiesen wird, daß der Staat, dem die Eheleute angehören, das zu erlassende Urtheil anerkennt.

Ohne diesen Nachweis darf keine Ehescheidungsklage von Ausländern bei bernischen Gerichten anhängig gemacht werden, und ohne denselben soll keine Scheidungsklage oder Vorladung bewilligt werden. Würde das Gesetz nur die Ausfällung des Urtheils verbieten, so könnte der Nachweis immer noch im Laufe des Prozesses beigebracht werden. Da es aber die Annahme der Klage ohne denselben verbietet, so muß derselbe bereits bei der Klagbewilligung vorliegen.

Statt dessen wird bei uns in Ehescheidungssachen von Ausländern ein Verfahren zur Anwendung gebracht, welches nicht streng genug verurtheilt werden kann, und auf welches wir die Aufmerksamkeit der eidgenössischen und kantonalen Behörden zu lenken wünschen. Daß sich hiebei namentlich das Amtsgericht Laupen ausgezeichnet hat, ist bereits erwähnt.

Zu Begründung unseres Tadels berufen wir uns auf einen Entscheid, welchen der Appellations- und Cassationshof unterm 30. Juni 1877 zu fassen in der Lage war.

Den 27. Juni 1864 verheirathete sich in Zürich Th. Eugen Jenny aus Kolmar mit Sophie Ramsperger. Beide Ehegatten waren katholischer Confession. Im Jahre 1865 begab sich Jenny mit seiner Familie nach Bern und ließ sich daselbst als Coiffeur nieder, wanderte jedoch 1871 nach Nordamerika aus, von wo er erst im November 1876 wieder nach Europa zurückkehrte. In Interlaken erfuhr er zu seinem

Digitized by Google

Erstaunen, daß seine Frau sich inzwischen von ihm habe scheiden lassen und nun beabsichtige, mit einem gewissen Coiffeur Scherz in Bern eine neue Ehe einzugehen. In Wirklichkeit hatte sich nun Folgendes zugetragen:

Im Laufe des Jahres 1875 spielte Fürsprecher Arnold Steck Namens der Frau Jenny vor Amtsgericht Bern eine Scheidungsklage gegen ihren abwesenden Ehemann aus und es sollte der Abspruch am 19. Januar 1876 stattfinden. Auf Begehren der intervenkrenden Staatsanwaltschaft wurden jedoch vor dem Abspruch sämmtliche Akten sammt einem Projekt-Urtheil an den Gerichtshof von Kolmar gesandt und von ihm eine Erklärung verlangt, daß das zu erlassende Urtheil im Elsaß würde vollzogen werden. Der dortige Generalprokurator lehnte die Ausstellung einer derartigen Erklärung ab, worauf eine weitere Verfolgung dieser Angelegenheit vor Amtsgericht Bern selbstverständlich unterblieb.

In Folge dessen verlegte die Ehefrau Jenny ihren Wohnsitz nach Thörishaus, Amts Laupen, d. h. sie miethete dort ein Zimmer und fuhr mit dem Betrieb ihres Geschäftes in Bern fort. Gestützt auf diesen angeblichen Wohnsitz erließ ihr Anwalt nun in den Amtsblättern vom 14., 18. und 21. März 1876 eine vom 8. März datirte Ediktalladung auf den 29. April 1876, Morgens 8 Uhr, zum Aussöhnungsversuch vor Richteramt, Morgens 9 Uhr zur Klageverurkundung und Morgens 10 Uhr zum amtsgerichtlichen Abspruch, somit Alles auf den nämlichen Vormittag.

Das Amtsgericht Laupen scheint an diesem Verfahren keinen Anstoß genommen zu haben, sondern gestattete ohne weiteres die Ehescheidung auf Grund der böslichen Verlassung. Ihm Mittheilung zu machen von der Confession der Parteien und der früheren Weigerung des Amtsgerichtes Bern wurde weder für nothwendig noch für zweckmäßig erachtet.

Nach Ausfällung des Urtheiles wurde dasselbe unterm 27. Mai 1876 von dem Gerichtspräsidenten von Laupen

Digitized by Google

an das k. Landgericht Kolmar gesandt und die Vollziehung nachgesucht. Ohne jedoch die Antwort abzuwarten, ließ die Jenny sogleich ihre beabsichtigte zweite Ehe mit Coiffeur Scherz verkündigen und veröffentlichen.

In Folge einer Anzeige des Sachverhaltes und eines damit verbundenen Gesuches des inzwischen heimgekehrten Jenny stellte die Staatsanwaltschaft an den Appellations- und Cassationshof den Antrag:

„Es sei das Urtheil des Amtsgerichts Laupen vom 29. April 1876, ausgefällt in der Ehescheidungssache zwischen Sophie Jenny, geb. Ramsperger, Klägerin, und Eugen Jenny, Beklagten, sowie das ganze diesem Urtheil vorausgegangene Verfahren, sowie solches auf die Erwirkung dieses Urtheils gerichtet war, als nichtig zu erklären, unter Kostenfolge gegen von Rechtens.

Eventuell: d. h. für den Fall, daß die Nichtigkeitsklage nicht begründet erfunden werden sollte, erklärt die Staatsanwaltschaft gemäß § 351 P., gegen obenerwähntes Urtheil die Appellation, beruft sich hiebei auf die Ausführungen des Gesuchstellers Jenny und bezeichnet als Punkte, in welchen er das öffentliche Interesse verletzt glaube, folgende:

1. Das Urtheil widerspreche der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 56 des Bundesgesetzes über den Civilstand und die Ehe vom 24. Dezember 1874.

2. Auch das Interesse des Staates Bern werde durch das Urtheil in der Richtung speziell verletzt, daß der Status der allfällig einer zweiten Ehe entsprießenden Kinder ein ungewisser sei.

3. Das Urtheil, resp. das Scheidungsverfahren sei vor einem Gericht geführt worden, das nach dem Gesetze gar nicht competent gewesen sei.

4. Das prozessualische Verfahren, wie es eingeschlagen worden, sei ein ungesetzliches.

5. Weder vom Abspruchstage noch von dem Urtheile sei der Staatsanwaltschaft rechtlich Kenntniß gegeben worden.

Digitized by Google

Der Appellations- und Cassationshof erklärte das Scheidungsurtheil des Amtsgerichtes Laupen als nichtig, unter Annahme folgender Betrachtungsgründe:

Daß das Amtsgericht Laupen in seinem Ehescheidungsurtheil vom 29. April 1876 betreffend die Eheleute Eugen Jenny und Sophie, geb. Ramsperger, abgesehen von anderen Unregelmäßigkeiten, auf die Frage, ob dieses Urtheil von dem ausländischen Staate, welchem dieselben angehören, werde anerkannt werden, nicht eingetreten ist;

daß diese Frage eine vom Gericht amtlich zu prüfende, erhebliche und der Hauptsache präjudicirende Vorfrage bildet, indem der bezügliche Nachweis in § 16 des Bundesgesetzes über den Civilstand und die Ehe als Voraussetzung zur Annahme der Klage Seitens der schweizerischen Gerichte aufgestellt ist;

daß eine Eröffnung des Ehescheidungsurtheils an die competenten Staatsbehörden des Kantons Bern nicht stattgefunden hat, mithin die Nichtigkeitsklage der Staatsanwaltschaft nicht als versäumt angesehen werden kann;

daß die seither eingelangte Erklärung des Eugen Jenny, wonach er „das fragliche Urtheil, soviel an ihm anerkennt", auf die Beurtheilung der Nichtigkeitsklage keinen Einfluß ausüben kann.

Das Gericht hat hier das Hauptgewicht gelegt auf die Verletzung des Art. 56 des eidgenössischen Ehegesetzes, und zweifelsohne war dieselbe vollkommen genügend, nicht nur das Urtheil zu cassiren, sondern auch dem Amtsgerichte Laupen einen derben Wischer zukommen zu lassen. Wenn eine Ehescheidung in so unerhört liederlicher Weise vorgenommen wird, so kann nur die heilloseste Verwirrung entstehen. Die Staatsanwaltschaft von Kolmar hatte bereits die Erklärung abgegeben, daß ein auswärtiges Ehescheidungsurtheil nicht anerkannt werde; der Anwalt wußte daher, daß eine Scheidung nicht erzielt werden könne. Dessenungeachtet wird, gestützt auf ein von vornherein wirkungsloses Urtheil, lustig zur Verkündigung einer zweiten Ehe geschritten. Würde

Digitized by Google

diese Ehe vollzogen worden sein, so wäre eine Strafverfolgung wegen Bigamie und Hülfeleistung dazu die nothwendige Folge gewesen, ganz abgesehen von der schlimmen Lage allfälliger Kinder.

So wurde vom Amtsgerichte Bern unterm 22. November 1871 eine Ehescheidungsklage bayerischer Eheleute Joseph und Anna Eichheim aus München angenommen. Dieselbe enthielt weder eine Angabe über ihre Herkunft noch über ihre Confession. Der Ehemann blieb aus und sehr bestimmte Ehescheidungsgründe wurden als bewiesen angenommen, weil sie nicht verneint waren. Dem Scheidungsurtheil wurde in Bayern die Anerkennung verweigert und eine Delegation hatte nicht stattgefunden. Dieses Ehescheidungsurtheil besteht noch zur Stunde in seiner ganzen Wirkungslosigkeit, und wird so lange bestehen, bis von Amteswegen die Cassation herbeigeführt wird.

Allein dieß sind nicht die einzigen groben Gesetzesverletzungen, welche untergelaufen sind.

Auf den nämlichen Tag, nur auf verschiedene Stunden wird vorgeladen zum Aussöhnungsversuch vor Richteramt, resp. Friedensrichter, zur Instruction und zum Abspruch, trotz der rechtlichen Unmöglichkeit eines solchen Verfahrens. Der Aussöhnungsversuch hat vor dem Kirchgemeinderath stattzufinden und nicht vor dem Friedensrichter, denn § 115 P. ist noch immer in Kraft.

Ferner durfte eine Klage gar nicht bewilligt werden vor Abhaltung des Aussöhnungsversuches, und es konnte daher nicht im ordentlichen Verfahren auf den gleichen Termin zum Aussöhnungsversuch und zur Klagsverurkundung vorgeladen werden. Endlich war kein Grund vorhanden zu einem Contumazialverfahren, bevor constatirt war, daß der Ehemann unbekannt abwesend war, und da die Ehefrau sehr wohl wußte, daß derselbe nach Amerika sich begeben hatte, so hätte doch wenigstens in einem weit verbreiteten europäischen und einem amerikanischen Blatte die Einrückung der Ladung angeordnet werden sollen, denn

Digitized by Google

eine Ladung im Amtsblatt gegen einen in Amerika sich aufhaltenden ist eine farce.

Sehen wir aber auch hievon ab, so konnte auch aus materiellen Gründen eine Scheidung wegen böslicher Verlassung nicht ausgesprochen werden, weil eine bösliche Verlassung nach Art. 46 des eidg. Ehegesetzes nur dann angenommen werden darf, wenn eine richterliche Aufforderung zur Rückkehr binnen sechs Monaten erfolglos geblieben ist. Eine solche Aufforderung hatte nun nach den Acten nicht stattgefunden und es durfte daher die bösliche Verlassung vom Gerichte gar nicht angenommen werden.

Wo in den wichtigsten Angelegenheiten, wozu wir die Ehescheidungen rechnen, so unerhörte Liederlichkeit zu Tage tritt, da thut energisches und rücksichtloses Einschreiten dringend Noth, und wir rufen daher der Justizdirektion, der Staatsanwaltschaft und den Gerichten mit ernster Besorgniß unser caveant consules ne quid respublica detrimenti capiat zu.

VIII.

Nicht weniger leichtfertig als im Inland die Scheidung von Ausländern, geschieht im Ausland die Copulation von schweizerischen Staatsangehörigen.

Ein schweizerischer Consul hat als solcher kein Recht, Trauungen vorzunehmen und Ehen zwischen Schweizern unter sich oder zwischen Schweizern und Ausländern abzuschließen. Dagegen ist der Bundesrath ermächtigt, da, wo er es für angemessen erachtet, den diplomatischen und konsularischen Vertretern der Eidgenossenschaft im Auslande auch die Rechte und Pflichten von Civilstandsbeamten zu übertragen. Leider läßt unser Consularcorps Vieles zu wünschen übrig und es kommt oft genug vor, daß sich Consuln Functionen anmaßen, die ihnen nicht zustehen, daß sie namentlich Trauungen vornehmen, ohne dazu ermächtigt zu sein. Hieraus entstunden und entstehen noch Schwierigkeiten betreffend die Anerkennung solcher Ehen

Digitized by Google

und ihre Eintragung in die heimathlichen Civilstandsregister. Die betreffenden Eheleute glauben in guten Treuen getraut zu sein, während in Wirklichkeit eine solche Trauung nicht stattgefunden hat. Einige Beispiele werden die praktische Tragweite dieser Bemerkungen in's richtige Licht setzen.

Mit Schreiben vom 17. Februar 1877 sandte der Civilstandsbeamte von Steffisburg der Justizdirektion einen Auszug aus dem Eheregister des schweizerischen Consulates der Colonie Leopoldine, Provinz Bahia, Brasilien, zu, laut welchem dort am 23. Juli 1874 durch den damaligen Schweizer Vice-Consul Herr F. L. Jeanmonod die Brautleute Gottlieb Hermann Ochsenbein von Murten und Fahrni, Kaufmann in Bahia und Hermine Constance Krull aus Hannover ehelich getraut worden waren. Bevor jedoch die Regierung bezüglich der Eintragung und Anerkennung dieser Ehe einen Entschluß faßte, wandte sie sich an den Bundesrath mit der Anfrage, ob Herrn Jeanmonod in seiner Eigenschaft als schweizerischer Vice-Consul außer der ihm nach Mitgabe des Consularvertrages mit Brasilien zukommenden Amtsbefugnisse auch noch solche zustanden, kraft welcher er die Brautleute Ochsenbein-Krull gültig trauen konnte.

Auf diese Anfrage erwiderte der h. Bundesrath unterm 28. Februar l. J., daß den schweizerischen Consuln kraft dieser Eigenschaft jene Befugniß nicht zukomme, sondern daß sie zur Vornahme einer Trauung von ihm speciell ermächtigt sein müssen. — Gesetz über Civilstand und Ehe Art. 13 und Consularreglement Art. 32 — und da L. Jeanmonod eine solche Vollmacht von ihm nicht gehabt habe, so sei er bereits zur Rechtfertigung seines Verfahrens eingeladen worden. Hierauf gestützt erklärte die Justizdirektion unterm 2. März 1877, da bei dieser Sachlage zwischen Gottlieb Hermann Ochsenbein und Herminz Constance Krull zur Zeit keine gültige Ehe bestehe, so könne selbstverständlich dieselbe hierseits auch nicht anerkannt und ebensowenig die Bewilligung zu ihrer Eintragung in das Eheregister von Steffisburg ertheilt werden.

Digitized by Google

Gegenwärtig, d. h. im Augenblick, wo wir dieß schreiben, liegt noch ein derartiges Eintragungsgesuch hinter dem Bundesrath, und es ist zu erwarten, daß seine Entscheidung ebenso correct ausfalle, als diejenige der bernischen Justizdirektion ausgefallen ist. Eine Weisung des Bundesrathes, eine nicht bestehende Ehe als eine bestehende einzutragen, wäre um kein Haar correcter, als die Trauung des Consuls selbst. Ueber bestrittene Ehen zu entscheiden, ist nicht Sache des Bundesrathes, sondern der Gerichte, und die Ansicht des ersteren wäre für eine spätere Entscheidung der letzteren nicht maßgebend. Durch die Eintragung solcher Ehen in die Civilstandsregister könnten daher die angeblichen Eheleute nur in eine trügerische Sicherheit eingewiegt werden, welche vor der Realität nicht Stand halten würde, und was jetzt noch in Ordnung gebracht werden kann durch nachträgliche Trauung eines competenten Civilstandsbeamten, ist später nicht wieder gut zu machen; in favorem matrimonii muß daher die Eintragung verweigert werden.

So viel uns bekannt, sind die Gerichte noch nicht oft in die Lage gekommen, über derartige Consularehen zu entscheiden, um so wichtiger sind die gerichtlichen Entscheidungen, welche wirklich ausgefällt worden sind. In einem Erbschaftsfall hing die Berechtigung einer Prozeßpartei davon ab, ob eine in der Havana durch den schweizerischen Consul abgeschlossene Ehe gültig sei oder nicht. Das Gericht erklärte die Ehe in beiden Instanzen für nichtig, und wir theilen hier die Motive des waadtländischen Kantonsgerichts vom 23. Februar 1876 mit:

Considérant que le mariage contracté en pays étranger entre Vaudois et entre Vaudois et étranger qui n'aura pas été célébré selon les formes exigées dans ce pays étranger pour sa validité, peut être attaqué par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel ainsi que par le ministère public (C. c. art. 77 et 99).

Considérant qu'il a été constaté au procès actuel par

*) Ist unterm 17. August letzthin auch wirklich geschehen.

Digitized by Google

une déclaralion officielle de la légation royale d'Espagne à Berne, que la loi espagnole sur le mariage civil n'a jamais été appliquée à l'île de Cuba et que tout mariage célébré dans cette île doit être consacré par une cérémonie religieuse.

Attendu, en outre, que le règlement fédéral consulaire du 1er Mai 1857 ne donne nullement aux consuls suisses le pouvoir de célébrer le mariage de leurs nationaux entr'eux et a fortiori le mariage d'un de leurs ressortissants avec un étranger à la Suisse;

Considérant que le consul de la Confédération Suisse à Cuba, Hans Ryhiner, était donc incompétent pour procéder à la célébration du mariage de Lª. F. avec Agathe G. union qui est dès lors frappé de nullitée par un vice radical de forme (Schw. Ger.-Zeitung II, 70).

Es kann ſich in ſolchen Fällen nur noch fragen, ob Art. 55 des eidgenöſſiſchen Ehegeſetzes Anwendung finden könne, alſo lautend:

„Wird eine Ehe nichtig erklärt, bei der ſich beide Ehegatten in gutem Glauben befanden, ſo begründet dieſelbe ſowohl für die Ehegatten als für die aus der Ehe hervorgegangenen oder durch dieſe legitimirten Kinder die bürgerlichen Folgen einer gültigen Ehe" u. ſ. w.

Das waadtländiſche Kantonsgericht hatte in dem oben mitgetheilten Falle die Anwendbarkeit der entſprechenden Art. 103 und 104 des C. c. vaudois principiell angenommen:

Considérant que le code précité ne distingue pas entre les causes de nullité, mais attache, par une fiction légale des effets civils à tous les mariages déclarés nuls, lorsque la bonne foi existe de la part de l'un ou de l'autre des époux;

und die Entſcheidung davon abhängig gemacht, ob einer der beiden Ehegatten vernünftiger Weiſe habe annehmen dürfen, dem ſchweizeriſchen Conſul ſtehe die Competenz zu, Trauungen vorzunehmen.

Attendu que, dans l'espèce, il s'agit de savoir si les conjoints ou l'un d'eux a raisonnablement pu croire le consul suisse compétent pour célébrer un mariage valable

Digitized by Google

et s'il peut ainsi invoquer une erreur sous l'empire de la quelle il avait contracté.

Wir halten diese Motive für gänzlich unrichtig. Eine Ehe ist nichtig, wenn sie trotz eines entgegenstehenden Ehehindernisses abgeschlossen wurde, wenn somit eine Ehe zu Stande gekommen ist, wo keine hätte zu Stande kommen sollen. Dieser formell gültig zu Stande gekommenen Ehe verweigert der Staat seine Anerkennung, und hebt ihre Wirkungen auf. Je nachdem nun den Ehegatten oder einem von ihnen dieses Hinderniß bekannt war oder nicht, wird ihnen oder ihm bona oder mala fides zugeschrieben. In unseren Fällen stund dem Abschluß der Ehe keinerlei Hinderniß entgegen, und es waltete daher in dieser Beziehung kein Irrthum ob; die Ehe konnte mit voller Gültigkeit abgeschlossen werden. Es fragt sich daher nicht, ob sie habe abgeschlossen werden können, sondern ob sie abgeschlossen worden sei; nicht ihre Gültigkeit oder Ungültigkeit steht in Frage, sondern ihre Existenz oder Nichtexistenz — to be or not to be that is the question. Dieß hat das waadtländische Gericht übersehen. Die Ehe zwischen Oheim und Nichte ist eine Ehe, aber eine solche, die von Amteswegen, aus öffentlichen Gründen nichtig erklärt werden muß. Die von einem incompetenten Consul abgeschlossene Ehe ist dagegen gar keine Ehe, nicht einmal eine nichtige, und die bona fides der Ehegatten ist daher in diesen Fällen gleichgültig.

Mit einer formell gültig abgeschlossenen, somit existent gewordenen, später aber ungültig erklärten Ehe können für Ehegatten und Kinder die bürgerlichen Folgen einer gültigen Ehe verbunden werden, niemals aber mit einer Ehe, die nie zu Stande gekommen ist. Der Irrthum darf sich nur beziehen auf die Frage, ob die Ehe zu Stande kommen könne, nicht darauf, ob sie zu Stande gekommen sei. Im ersteren Fall kann Irrthum entschuldbar sein, im letzteren ist Wissen oder Nichtwissen rechtlich irrelevant. Aus Nichts kann nichts entstehen.

Digitized by Google

IX.

Aussöhnungsversuch in Ehescheidungssachen.

Das Gesetzbuch über das gerichtliche Verfahren in Civil-Rechtssachen vom 26. März 1821 schrieb in Satz. 131 die Abhaltung eines Aussöhnungsversuches vor, bevor die erste Vorladung bewilligt werden durfte (Satz. 146), und da für Ehesachen keine besondere, d. h. von den allgemeinen abweichende Bestimmungen aufgestellt wurden, so lag die Leitung desselben dem ordentlichen Richter ob (Satz. 133). Dagegen wurde nun durch die Gerichtsorganisation vom 3. Dezember 1831 § 13 die Abhaltung dieser Aussöhnungsversuche dem Sittengerichte zugewiesen, und hieran durch diejenige vom 31. Juli 1847 und den Civilprozeß vom gleichen Datum nichts geändert, denn obgleich durch das ersterwähnte Gesetz der Friedensrichter angewiesen wird, den Aussöhnungsversuch in allen Streitfällen zu leiten, wo ein solcher vorgeschrieben ist, so wird doch in § 115 P. ausdrücklich bestimmt, daß in Ehesachen kein Aussöhnungsversuch vor dem Friedensrichter stattzufinden habe, sondern daß die Erscheinung vor dem Sittengerichte denselben vertrete.

Als an die Stelle der Sittengerichte die Kirchenvorstände traten, wurde ihnen durch das Gesetz vom 19. Januar 1852 § 24 alles dasjenige zu besorgen übertragen, was bis jetzt den Sittengerichten obgelegen hatte, und mit Bezug auf die Sittenpolizei enthält § 63 b des Gemeindegesetzes vom 6. Dezember 1852 noch folgende Erläuterung: „in dieser Hinsicht tritt der Kirchenvorstand an die Stelle des Sittengerichtes, mit allen Rechten und Obliegenheiten, welche dem Letztern gegenwärtig zustehen oder künftig werden übertragen werden." Hiezu gehörte aber auch die Abhaltung der Aussöhnungsversuche in Ehesachen. Wir legen auf die Bestimmungen des Gemeindegesetzes um so mehr Gewicht, als demjenigen vom 19. Jenner 1852 gewichtige constitutionelle Bedenken entgegenstehen. Dasselbe wurde nämlich nicht zum zweiten

Digitized by Google

Mal berathen, sondern entgegen der Verfassung nach einmaliger Berathung in Kraft gesetzt, allerdings nur auf eine Probezeit von zwei Jahren. Allein da die Verfassung nur einem vom Großen Rathe nach zweimaliger Berathung angenommenen bleibenden Gesetze verbindliche Kraft beilegt und Probegesetze so wenig kennt als Probeehen, so ist die Verfassungsmäßigkeit dieses Gesetzes mehr als zweifelhaft. Die daherigen Bedenken konnten nur vermehrt werden durch das Decret vom 19. November 1860, welches konstatirte, daß dem Gesetze nach Ablauf der beiden Probejahre jede verfassungsmäßige Grundlage fehle, und daß es seit dem 1. März 1854 seine Gültigkeit bloß durch stillschweigende Anerkennung der Behörden behalten habe. Das Gesetz wurde durch dieses Dekret provisorisch in Kraft belassen „bis zu seiner zweiten Berathung oder bis zur definitiven Inkraftsetzung eines neuen Gesetzes" und der Große Rath beruhigte sein constitutionelles Gewissen durch Aufnahme des Motives: „daß die ausdrückliche Verlängerung der provisorischen Gültigkeit des Gesetzes der zweiten Berathung desselben oder der Vorlage eines neuen Gesetzes auf keine Weise Eintrag thue." Durch das Gesetz vom 18. Januar 1874 wurde endlich das sogen. Synodalgesetz wieder aufgehoben, ohne daß es jemals den Erfordernissen eines verfassungsmäßigen Gesetzes entsprochen hätte. Wir haben diese Thatsachen absichtlich hervorgehoben, weil sie dem Juristen ein gleiches Interesse darbieten, wie dem Physiologen ein Zwitter.

Wenn durch die bisherige Gesetzgebung unzweifelhaft den Kirchenvorständen die Abhaltung der Aussöhnungsversuche in Ehesachen zur Pflicht gemacht worden ist, so kann es sich nur fragen, ob durch das Kirchengesetz vom 18. Januar 1874 in dieser Beziehung eine Aenderung beabsichtigt oder durchgeführt worden ist.

Für die Affirmative beruft man sich darauf, daß durch die Schlußbestimmungen des erwähnten Gesetzes sowohl das Gesetz vom 19. Januar 1852 als auch § 63 des Gesetzes

Digitized by Google

vom 6. Dezember 1852 aufgehoben worden seien. Demgemäß sei den Kirchenvorständen ihre bisherige Kompetenz in Ehesachen entzogen und sie seien daher weder berechtigt noch verpflichtet, Aussöhnungsversuche abzuhalten, sondern es sei dieß ausschließlich Sache der Friedehsrichter. Diese Ansicht, welche in der Praxis vielfach Anklang gefunden hat, und welche von den Friedensrichtern in ihrem eigenen Interesse unterstützt wird, läßt sich jedoch mit den Bestimmungen des Gesetzes nicht vereinigen.

Das Kirchengesetz sieht in § 54 Decrete, Verordnungen und Reglemente vor, welche zu dessen Ausführung nothwendig sind, und es werden daher die von demselben abweichenden Bestimmungen der bisherigen Gesetzgebung theils durch das Inkrafttreten des Gesetzes, theils aber erst durch das Inkrafttreten der ausführenden Erlasse u. s. w. außer Kraft gesetzt und dieß bezieht sich namentlich auf die hier in Frage kommenden Bestimmungen. Sodann beruht die Abhaltung der Aussöhnungsversuche in Ehesachen durch den Kirchenvorstand keineswegs ausschließlich auf den in § 55 des Kirchengesetzes erwähnten Gesetzen, sondern vorzugsweise auf den Bestimmungen des Civilprocesses. Diese sind nun durch das Kirchengesetz nicht berührt worden, sondern haben vielmehr eine neue Anerkennung erhalten durch die klare Vorschrift des § 21 desselben, wonach bezüglich der Verrichtungen der ehemaligen Sittengerichte in Ehe- und Vaterschaftssachen für den Kirchgemeindrath die Bestimmungen der jeweiligen bürgerlichen Gesetzgebung gelten sollten. Da nun diese in § 115 P. den Aussöhnungsversuch in Ehesachen dem Sittengericht resp. Kirchgemeinderath zuweist und dem Friedensrichter entzieht, so bleibt der erstere so lange competent, und der letztere so lange incompetent, als nicht auf dem Wege der Gesetzgebung die Ausnahmsbestimmung des § 115 P. aufgehoben worden ist.

Die Thatsache, daß dem Kirchenvorstand die Befugniß nicht zusteht, eine Partei zu zwingen, vor seiner Audienz zu erscheinen, ist zu Beurtheilung unserer Frage um so

Digitized by Google

bedeutungsloser, als auch der Friedensrichter keine Zwangsmaßnahmen verhängen kann, in dieser Beziehung somit beide Behörden auf gleicher Linie stehen.

Der Zwang liegt bei beiden darin, daß der abgehaltene Aussöhnungsversuch eine nothwendige Voraussetzung der Klagsbewilligung ist. Der Kläger wenigstens muß erscheinen, um das Zeugniß zu erhalten, welches nothwendig ist zur Auswirkung einer Klagsbewilligung. Erscheint er daher nicht, so kann er den Scheidungsprozeß nicht anheben; erscheint dagegen der Beklagte nicht, so kann, trotz seines Ausbleibens, das Zeugniß des fruchtlos abgelaufenen Aussöhnungsversuches ertheilt werden.

Wir kommen daher zu dem Schlusse, daß nach der gegenwärtig geltenden Gesetzgebung keine Ehescheidungsklage bewilligt werden darf, ohne daß ein Aussöhnungsversuch vorausgegangen wäre, und daß die Abhaltung eines solchen einzig dem Kirchgemeinderath zusteht, den Friedensrichtern dagegen zu untersagen ist.

X.

Standesbestimmung unehelicher Kinder.

Die nicht unerheblichen und allgemein verbreiteten Zweifel über die fortdauernde Anwendbarkeit der S. 179 C. betreffend die Standesbestimmung unehelicher Kinder, sind darauf zurückzuführen, daß letztere als gleichbedeutend mit Beurkundung der Civilstandes aufgefaßt wird. Nichts kann jedoch irriger sein.

Es muß nach dem Civilgesetzbuch unterschieden werden zwischen der Beurkundung des Civilstandes und der Standesbestimmung. Die erstere fand bei allen Kindern statt durch Eintragung in die Taufregister. Geburtsrödel kennt das Civilgesetzbuch nicht, denn erst durch die Verordnung vom 4. November 1865 wurde die Eintragung der Geburten binnen 20 Tagen gesetzlich vorgeschrieben. Noch weiter

Digitized by Google

ging das Kirchengesetz, indem es an die Stelle der Taufregister die Geburtsregister setzte.

Durch die Eintragung in die Register des Personenstandes, in Tauf-, später Geburtsregister, Ehe- und Sterberödel, wurde die Stellung bestimmt, welche ein Mensch in der bürgerlichen Gesellschaft einnimmt mit Rücksicht auf Alter — Mehrjährigkeit und Minderjährigkeit — und die Bande, welche ihn an eine bestimmte Familie knüpfen oder mit einer solchen verbinden — Eigenschaft eines Gatten, Vaters und Kindes. Dadurch wurde der Civilstand einer Person beurkundet: die daherigen Akten waren Civilstandsakten, Register des Personenstandes, den Auszügen aus denselben wurde als öffentlichen Urkunden volle Beweiskraft beigelegt und die darin bekundeten Thatsachen so lange als wahr angenommen, als nicht die Unechtheit oder die Unvollständigkeit der Urkunde nachgewiesen war (§ 200 P.).

An die Stelle der Eintragung in diese pfarramtlich geführten Register des Personenstandes ist nun die Eintragung in die von dem Civilstandsbeamten geführten Civilstandsregister getreten. Es kann daher in Zukunft der Civilstand einer Person nur noch durch Auszüge aus den letzteren bewiesen werden.

Eine ganz andere Bedeutung hat dagegen die sogen. Standesbestimmung bei unehelichen Kindern. Sie hat nicht die Beurkundung, sondern nur die definitive Feststellung des Civilstandes dieser Kinder zum Zweck, insoferne mit derselben eine Veränderung verbunden ist. Der Civilstand unehelicher Kinder wird gleich wie derjenige der ehelichen beurkundet, früher durch Eintragung in die pfarramtlichen Register des Personenstandes, jetzt in die von Laien geführten Civilstandsregister, so daß von einer besonderen Beurkundung des Civilstandes bei unehelichen Kindern weder früher noch jetzt die Rede sein kann.

Digitized by Google

Dagegen konnte und kann noch durch die Standesbestimmung eine Veränderung des bisherigen Civilstandes eines unehelich Geborenen herbeigeführt werden.

Unter der Herrschaft der Gerichtssatzung erhielten die unehelichen Kinder Stand, Namen und Heimath des Vaters durch gerichtlichen Zuspruch, und ihm lag die Sorge ob für ihren Unterhalt und ihre Erziehung. Da hieraus nicht unerhebliche Nachtheile entstanden waren, so ließ die Regierung im Jahre 1817 ein Gutachten ausarbeiten über folgende Fragen:

Sollen die unehelichen Kinder in Zukunft, wie bisher geschehen, der geständigen oder erwiesenen Väter Namen, Heimath und Pflege erhalten?

Oder:

Sollen sie den Namen und die Heimath der Mütter beibehalten und die Väter bloß zu Unterhaltungsbeiträgen angehalten werden?

Die letztere Ansicht fand ihre Vertreter in dem Obern Ehegericht und wurde namentlich befürwortet durch die Herren Fürsprech Kuhn und Prof. Dr. Schnell, so daß die Regierung sich veranlaßt sah, durch das Gesetz vom 13. April 1820 den sog. Maternitätsgrundsatz einzuführen. In Folge dessen verbleibt das uneheliche Kind der Mutter, auf deren Namen es bereits in die Register des Personenstandes eingetragen war, und kann dem Vater nur auf sein ausdrückliches Begehren und mit Zustimmung seiner Gemeinde zugesprochen werden.

Durch die Standesbestimmung wird daher nur entschieden, ob das Kind der Mutter verbleibe oder in Veränderung seines bisherigen Civilstandes dem Vater zugesprochen werden solle. Im letzteren Fall allein liegt eine Veränderung des Civilstandes vor, allein es ist nicht nothwendig, daß dieselbe gerade bei diesem Anlaß vorgenommen wird, vielmehr hat der Vater jederzeit das Recht, unter den gesetzlichen Voraussetzungen den Zuspruch zu verlangen.

Digitized by Google

Hieran wurde durch das eidg. Gesetz nichts geändert und auch nach demselben kann ein uneheliches Kind seinem Vater nur durch gerichtliche Zuerkennung zugesprochen werden. Es bedarf daher immer eines gerichtlichen Urtheiles, wenn das Kind auf den Namen seines Vaters in die Civilstandsregister eingetragen werden soll.

Dieß wurde seiner Zeit bezweifelt und gestützt auf Art. 18 des eidg. Gesetzes behauptet, es dürfe, gestützt auf die bei der Geburtsanzeige Seitens des Vaters erfolgte Anerkennung, das uneheliche Kind auf den Namen desselben in die Civilstandsregister eingetragen werden. Die Unrichtigkeit dieser Auslegung wurde jedoch von ihrem Urheber selber anerkannt und nachgewiesen in Ztschrift XII. S. 133 fl.

Die daherige Bestimmung des Art. 18, Lemma 3 lautet:

Die bei Anlaß der Geburtsanzeige Seitens des Vaters erfolgte Anerkennung eines unehelichen Kindes ist im Register vorzumerken, wenn die betreffende kantonale Gesetzgebung eine solche gestattet.

Diese Vorschrift ist im Zusammenhang mit der anderen im Eingange des Artikels enthaltenen, wonach Veränderungen in den Standesrechten, welche sich nach der Eintragung in das Geburtsregister ereignen, sei es in Folge Feststellung der Vaterschaft durch gerichtliches Urtheil, sei es durch freiwillige Anerkennung, Legitimation, Adoption u. s. w., auf Antrag eines Betheiligten als Randbemerkung im Geburtsregister beigefügt werden soll, insoferne die Thatsache durch öffentliche Urkunde festgestellt ist.

Dieser Artikel handelt von einer Veränderung der Standesrechte des Kindes und es ist eine solche anzumerken, wenn sie sich auf ein gerichtliches Urtheil stützt, oder wenn die bloße Anerkennung des Vaters gesetzlich mit einer standesverändernden Wirkung für das Kind versehen ist. In diesem Falle kann die Anerkennung mit gleicher Wirkung entweder

Digitized by Google

gleich Anfangs bei der Geburtsanzeige durch den Vater geschehen oder nachträglich durch eine öffentliche Urkunde.

Die Gesetzgebung des Kantons Bern verbindet nun mit der Anerkennung des Vaters niemals standesverändernde Wirkungen, sondern verschafft dem Kinde nur, ihm und den väterlichen Ascendenten gegenüber, ein Erbrecht, wenn sie vor Notar und Zeugen vorgenommen worden ist. Soll dem Kinde auch der Stand des Vaters verschafft werden, so kann dieß einzig und allein durch richterlichen Zuspruch oder nachträgliche Ehe mit der Mutter geschehen. Andere Gesetzgebungen, wie z. B. die neuenburgische, verbinden dagegen mit der Anerkennung weiter gehende Wirkungen, und gerade dieser Verschiedenheit wegen verweist das Bundesgesetz auf die kantonale Gesetzgebung und behält die Bestimmungen derselben vor.

Der Art. 18, Lemma 3 des Bundesgesetzes findet daher auf den Kanton Bern keine Anwendung, eine Anerkennung des Vaters bei Anlaß der Geburtsanzeige ist daher irrelevant, weil auf den Civilstand des Kindes einflußlos, und darf daher nicht in den Registern angemerkt werden. Eine solche Anmerkung könnte nur den Zweck haben, eine spätere Alimentenklage zu erleichtern oder bei einem subsequens matrimonium die Legitimation des Kindes sicher zu stellen. Da aber in die Civilstandsregister nichts eingetragen werden darf, was nicht den Civilstand einer Person zu beurkunden bezweckt, so hat der Civilstandsbeamte eine solche Anzeige des Vaters nicht einzutragen und auch nicht anzumerken.

In denjenigen Kantonen, in welchen die Anerkennung des Vaters legitimirende Wirkung hat, wird oft die Ansicht geltend gemacht, die Wirkung der Anerkennung sei stets nach der Gesetzgebung des Kantones zu beurtheilen, in welchem sie geschehen sei, auch wenn die heimatliche Gesetzgebung des Vaters der Anerkennung eine so weitgehende Bedeutung nicht beilege; z. B. die Anerkennung des bernischen Vaters im Kanton Neuenburg verschaffe dem Kind das bernische Bürgerrecht des Vaters u. s. w. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht

Digitized by Google

hat das Bundesgericht anerkannt durch Urtheil vom 7. Oktober 1876, Entscheidungen III, 575 ff.

Wir haben nun bereits erwähnt, daß der Vater gleich bei der Standesbestimmung oder aber später zu jeder Zeit gerichtlichen Zuspruch des Kindes verlangen kann. Zu den Voraussetzungen eines solchen Begehrens gehört aber namentlich, daß die Vaterschaft des Gesuchstellers unzweifelhaft sei, und ist daher ein Zuspruch dann nicht möglich, wenn im Vaterschaftsprozeß ein anderer sich als Vater bekannt hat, oder gestützt auf den Eid der Mutter zu Leistungen verurtheilt worden ist. Unter solchen Voraussetzungen könnte auch per subsequens matrimonium keine Legitimation erfolgen, trotz aller Erklärungen der Ehegatten.

Dieß führt uns auf die Bedeutung der sogen. Standesbestimmung im Paternitätsproceß. Von der unrichtigen Ansicht ausgehend, daß erst durch die gerichtliche Standesbestimmung der Civilstand eines unehelichen Kindes beurkundet werde, nahm der Civilstandsbeamte von Bern an, es sei das Standesbestimmungsverfahren, vom Sittengerichte anfangend, nunmehr zwecklos geworden und knüpfte daran den Wunsch, es möchte dasselbe aufgehoben werden. Nach seiner Ansicht könnte die Vaterschaftsklage bestehen bleiben und auf Grund der civilstandsamtlichen Standesbestimmung eingeleitet werden.

Diese Ansicht ist unseres Erachtens nicht haltbar und würde eine vollständige Umgestaltung des Paternitätsverfahrens zur Folge haben, die dem Civilstandsbeamten entgangen zu sein scheint.

Durch das Gesetz vom 13. April 1820 wurde der Grundsatz aufgestellt, daß ein uneheliches Kind der Mutter zu folgen habe, diejenige Mannesperson aber, welche von ihr der Vaterschaft überführt werde, zu einem verhältnißmäßigen Beitrag an die Verpflegung des Kindes zu verurtheilen sei. Die Mutter wurde somit auf den Proceßweg gewiesen, nnd da der Beweis der Vaterschaft, bei fehlendem Geständniß, niemals ein direkter sein kann, sondern ein indirekter

Digitized by Google

bleiben muß, so stellte das Gesetz selbst die Voraussetzungen auf, unter welchen ein Klagrecht geltend gemacht werden kann, und wann das Klagfundament als bewiesen zu erachten sei. Da ferner der Beweis auch niemals ein vollständiger sein kann, weil die Möglichkeit, daß ein Anderer als der Beklagte Vater des Kindes sei, niemals ausgeschlossen ist, so muß der erbrachte Beweis immer entweder durch einen Reinigungseid aus dem Wege geräumt oder durch einen Ergänzungseid vervollständigt werden.

Als ein theilweiser, jedoch unvollständiger Beweis wird es nun angesehen, wenn die Klägerin ihre Anzeige rechtzeitig besorgt, Zeugen zugezogen, in ihren Angaben nicht gewechselt und rechtzeitig die Klage angehoben hat, insoferne eine solche sich als nothwendig erweist. Unter diesen Voraussetzungen spricht eine günstige Vermuthung für die Begründetheit ihrer Klage, worauf gestützt ihr der Ergänzungseid zuerkennt werden kann. Um aber diesen unvollständigen und zu ergänzenden Beweis erbringen zu können, bedarf es des ganzen Apparates des gegenwärtigen Gesetzes und der Mitwirkung des Kirchenvorstandes. Bei *ihm* ist die Anzeige zu machen, *er* hat die Klägerin aufzufordern, Zeugen zuzuziehen, bei *ihm* ist die Anzeige der erfolgten Geburt und des Namens des Schwängerers zu machen, und *er* hat von Amteswegen die Acten zur Standesbestimmung einzusenden. Fällt die Thätigkeit des Kirchenvorstandes, resp. Kirchgemeinderathes weg, so müssen auch alle diejenigen Thatsachen wegfallen, deren Dasein eine der Klägerin günstige Vermuthung erweckt, und es muß entweder das ganze bisherige Beweisverfahren durch ein anderes ersetzt werden, oder die Klage der Klägerin ist in den meisten Fällen eine hoffnungslose.

Wird nämlich das bisherige Beweisverfahren beibehalten, so wird gerade derjenige Beweis nicht erbracht, welcher bisher durch den Eid der Klägerin ergänzt werden konnte. Denn die Aussagen vor dem Kirchenvorstand, auf welche sie sich bisher berufen konnte, fallen dahin, und sie

Digitized by Google

hat nun ihr ganzes Klagfundament mit den ordentlichen Beweismitteln zu beweisen; z. B. die Behauptung, sie habe mit dem Beklagten Umgang gehabt, wurde als wahr angenommen, wenn sie die Anzeige rechtzeitig gemacht hatte und dabei verblieben war, und sie hatte nur noch zu beschwören, daß sie mit keinem Anderen ebenfalls Umgang gepflogen habe. Fällt aber die Anzeige weg, so hat die Klägerin auch die Thatsache des Umganges selbst festzustellen und zu beweisen, was in der Regel nur durch Eideszuschiebung geschehen könnte, da Zeugen nicht beigezogen zu werden pflegen. Schwört der Beklagte den Eid, so müßte die Klägerin abgewiesen werden, wird er dagegen von ihr abgeleistet, so hätte sie nur den Umgang bewiesen, nicht auch den ausschließlichen. Würde man ihr dagegen den Beweis ihres Klagsfundamentes nicht auferlegen, sondern ihre bloßen Behauptungen als genügend erachten, so würde der bisherige Ergänzungseid nothwendig in einen Haupteid sich verwandeln, und in der unserer Gesetzgebung fremden Form eines Selbsteides abgeleistet werden.

Dieß wäre die nothwendige Consequenz, wenn das Verfahren vor dem Kirchgemeinderath wegfallen würde, und so lange daher die Lücken, welche nothwendig entstehen müßten, nicht durch die Gesetzgebung ausgefüllt sind, kann das bisherige Rechtsverfahren nicht ohne erheblichen Nachtheil verändert werden.

Ferner ist die Standesbestimmung ein gerichtliches Urtheil mit bestimmten rechtlichen Wirkungen. Durch sie wird definitiv festgestellt, daß das Kind der Mutter und ihrer Gemeinde verbleibe und nicht dem Vater und seiner Gemeinde zufalle, und in Folge dessen erwachsen aus der Standesbestimmung der Mutter und der Gemeinde gewisse Rechte und Verbindlichkeiten.

Die Standesbestimmung bildet sodann die nothwendige Voraussetzung für die geltend zu machenden Klagrechte der Gemeinde und der Mutter. In dem daherigen Urtheil wird

Digitized by Google

beiden das Recht vorbehalten, denjenigen zu Bezahlung von Alimenten und Entschädigungen anzuhalten, welcher der Vaterschaft überführt werden kann. Die Standesbestimmung muß daher der Alimentenklage vorausgehen (S. 112 C.) und bevor sie stattgefunden hat, ist die Klägerin nicht berechtigt, einen Anspruch gerichtlich geltend zu machen. Sie bildet ferner den Anfangspunkt der Frist, binnen welcher die Klage anhängig gemacht werden muß, und deren Ablauf den Beklagten zu Erhebung einer uneinläßlichen Antwort berechtigt. Bei einem früheren Anlasse wurde die Ansicht geltend gemacht, der Wegfall der Standesbestimmung bewirke, daß die Klage nun binnen der ganzen Verjährungsfrist geltend gemacht werden könne. Abgesehen davon, daß dieser Ansicht jeder gesetzliche Anhaltspunkt abgeht, übersieht dieselbe auch, daß der Klage die Standesbestimmung vorangehen, somit dieselbe stattgefunden haben muß.

Das Wegfallen der Mitwirkung des Kirchgemeinderathes und der Standesbestimmung würde daher die Klägerin nicht nur eines Theiles ihrer Beweismittel, sondern sogar der Möglichkeit berauben, die Alimentenklage anzustellen.

Endlich bietet die Standesbestimmung den Anlaß, wenn der Vater geständig ist, die Höhe des von ihm an die Unterhaltungs- und Erziehungskosten des Kindes zu leistenden Beitrages und der an die Gemeinde zu bezahlenden Entschädigungen zu bestimmen. Würde daher die Standesbestimmuug wegfallen, so könnte nur auf einem gesetzlich noch gar nicht vorgesehenen Wege zu einer Bestimmung dieser Leistungen gelangt werden.

Gestützt auf diese Ausführungen kommen wir daher rücksichtlich der Standesbestimmung zu folgenden Resultaten:

1. Die sogenannte Standesbestimmung hat den Zweck, durch gerichtliches Urtheil zu bestimmen, ob ein außer der Ehe geborenes Kind Stand, Namen und Gemeinde der Mutter beibehalten oder Stand, Namen und Gemeinde des Vaters erhalten solle, ob somit eine Veränderung des be-

Digitized by Google

reits festgestellten Civilstandes eintreten soll oder nicht. Durch die Eintragung in die Civilstandsregister wird die Standesbestimmung nicht ersetzt, vielmehr tritt die erstere nur an die Stelle der früheren Eintragung in die pfarramtlichen Register des Personenstandes. Die daherigen Bestimmungen des Civilgesetzbuches werden daher durch diejenigen des eidgenössischen Gesetzes über die Beurkundung und Feststellung des Civilstandes nicht aufgehoben.

2. Durch die Standesbestimmung wird der bereits festgestellte Civilstand eines unehelichen Kindes nur dann verändert, wenn der Zuspruch an den Vater erfolgt. Dieselbe bildet ferner den Abschuß eines für den sogenannten Paternitätsprozeß wesentlichen Vorverfahrens, die gesetzliche Voraussetzung der Klagen von Mutter und Gemeinde, und den Anfangspunkt der dreimonatlichen Nothfrist zu Anhebung der Klage.

3. Für den Fall eines unumwundenen Geständnisses bietet die Standesbestimmung den Anlaß zur gerichtlichen Festsetzung der vom Schwängerer zu übernehmenden Leistungen.

4. Die Mitwirkung des Kirchgemeinderathes bildet für den nachfolgenden Paternitätsprozeß ein Vorverfahren, welches so lange nothwendig ist, als der Paternitätsprozeß nicht auf ganz andere Grundlagen gestellt ist, und sein Wegfall, ohne Ersatz, würde in vielen Fällen einer außerehelichen Mutter die Verfolgung ihres Rechtes unmöglich machen.

Digitized by Google

Uebersicht der Rechtsprechung des Obergerichts und des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern.

Oktober 1876.

41) Verpfründungsvertrag einer Wittwe ist ungültig, wenn sie durch denselben über ihr Vermögen in der Weise verfügt, daß durch denselben eine wesentliche Kapitalveränderung oder Verminderung herbeigeführt wird. Peremtorische Einrede gegen die Klage auf Ergänzung des Pflichttheiles.

Maria Rosa Römer gegen Wilh. Römer und Rosina Krebs, geb. Römer.
(19. Oktober 1876.)

Durch Klage vom 29. September 1875 stellte Frau Wittwe Marianna Römer, geb. Bachmann, als natürliche Vormünderin ihrer Tochter Maria Rosa Römer, Klägerin gegen Herrn Wilhelm Römer und Frau Wittwe Rosina Krebs, geb. Römer, folgende Rechtsbegehren:

1. Es solle gerichtlich erkennt werden, die Klägerin sei Miterbin an der Verlassenschaft der verstorbenen Frau Rosina Römer, geb. Mürset, und die Beklagten seien schuldig, mit ihr über diese Verlassenschaft eine Theilung abzuschließen in der Weise, daß der dritte Theil davon der Klägerin zukommen soll.

2. Es solle gerichtlich erkennt werden, die Erblasserin Wittwe Römer, geb. Mürset, sei nicht befugt gewesen, die in dem sogenannten Verpfründungsvertrag vom 8. April 1871 bezeichneten vier Zinsschriften von Kapital Fr. 31,000 und ihr sämmtliches Mobiliar ihren zwei Kindern Wilhelm Römer und Rosina Krebs, geb. Römer, zum Nachtheile ihrer Großtochter Maria Rosa Römer abzutreten, der sogenannte Verpfründungsvertrag sei deßhalb, soweit er das Kapital dieser Zinsschriften und das Mobiliar betrifft, ungültig, und die Beklagten schuldig, sowohl die Zinsschriften als das Mobiliar, resp. den Werth desselben in die gemeine Erbs- und Theilungsmasse einzuwerfen.

Diese Rechtsbegehren begleitete sie mit folgender Erklärung: sie sei einverstanden, daß die Beklagten für die Verpflegung der Erblasserin seit dem 8. April 1871 und für das derselben all-

Digitized by Google

fällig verabreichte Sackgeld entschädigt werden sollen, sie halte aber dafür, im Genuß der Zinsen von dem in Frage stehenden Kapital der Fr. 31,000 liege eine hinreichende Entschädigung. Sollten jedoch die Beklagten vorziehen, die Zinse von den Fr. 31,000 einzuwerfen und dagegen über ihre daherigen Leistungen an Witttwe Römer eine Rechnung zu stellen, und diese durch den Richter festsetzen zu lassen, so sei sie auch damit einverstanden.

Der Klagsbegründung entnehmen wir folgende Thatsachen: Die Eheleute Johannes Römer und Rosina, geb. Mürset, hatten drei Kinder, Friedrich, Wilhelm und Rosina Krebs, geb. Römer. Unterm 1. Januar und 17. Hornung 1859 trat ihnen der Vater auf Rechnung künftigen Erbes ein Anzahl Liegenschaften ab zum Anschlagspreise von Fr. 36,138, sich und seiner Frau die lebenslängliche Benutzung ihrer bisherigen Wohnung vorbehaltend. Die abgetretenen Liegenschaften wurden von den Uebernehmern unter sich sofort vertheilt, und da Friedrich Römer dabei mehr erhielt, als seine Geschwister, so verpflichtete er sich in der Theilung selbst zu einer entsprechenden Ausgleichung. Den 23. Mai 1866 starb der Vater Römer, und am 10. Juni 1868 trat die Wittwe ihren Kindern eine Summe von Fr. 70,771. 10 in Zinsschriften ab, und da der Sohn Fritz Römer bei der ersten Abtretung gegenüber seinen Geschwistern bevorzugt worden war, so wurde nun dem Sohne Wilhelm Römer eine auf ihn lautende Handschrift im Kapitalbetrage von Fr. 6471. 43, und der Tochter Rosina Krebs, geb. Römer, zwei Zinsschriften von zusammen Fr. 4612. 73 zum Voraus überlassen. Nicht abgetreten wurden Zinsschriften im Betrage von Fr. 31,000, welche im Eigenthum der Abtreterin verblieben. Den 8. April 1871 verstarb Friedrich Römer mit Hinterlassung der Klägerin als einziges Kind, und am nämlichen Tage schlossen die Beklagten mit ihrer Mutter, der Wittwe Römer, geb. Mürset, einen sogenannten Verpfründungsvertrag, wonach die letztere ihnen vier Zinsschriften von zusammen Fr. 31,000 und das sämmtliche Mobiliar und Beweglichkeiten zum gemeinschaftlichen Eigenthum abtrat.

Dagegen übernahm Wilhelm Römer die Verpflichtung, seine Mutter zu sich zu nehmen, ihr nach freier Auswahl bei ihm oder seiner Schwester Wohnung zu geben, sie in gesunden und kranken Tagen standesgemäß mit Liebe und Vorsorge in Kleidung und allem Unterhalt zu verpflegen und zu versehen und ihr überdieß ein monatliches Sackgeld auszurichten. Die Zinsschriften wurden sofort übergeben, wogegen die Mobilien im Besitze der Wittwe Römer, geb. Mürset, verblieben. Der Ver-

Digitized by Google

trag wurde notarialisch abgefaßt und von der Vormundschaftsbehörde von Vingelz genehmigt in billiger Berücksichtigung der Verhältnisse „Namens des minderjährigen Kindes der Frau Wittwe Marianna Römer, geb. Bachmann, mit Namen Maria Rosa Römer von und zu Vingelz". Letztere theilte jedoch schon mit Akt vom 7. September 1871 der Vormundschaftsbehörde von Vingelz mit, daß sie bei Eintritt des Theilungsfalles diesen Verpfründungsvertrag anfechten werde, und sich alle Rechte gegen die Vormundschaftsbehörde wahre.

Am 10. März 1875 starb die Wittwe Römer, geb. Mürset, mit Hinterlassung der Beklagten und der Klägerin als einzige Erben. Die ersteren weigerten sich nun, eine Theilung über die Verlassenschaft abzuschließen, indem sie von der Ansicht ausgingen, das sämmtliche Vermögen der Erblasserin sei durch den gedachten Verpfründungsvertrag ihr alleiniges Eigenthum geworden und es sei daher in der Verlassenschaft kein theilbares Vermögen vorhanden. In Folge dessen wurde der Rechtsweg beschritten.

Die Klägerin machte namentlich geltend:

Der fragliche Verpfründungsvertrag sei nichts anderes, als eine Schenkung, denn die Leistungen, welche Wilhelm Römer vom Abschlusse des Vertrages hinweg bis zu ihrem Tode der Wittwe Rosina Römer, geb. Mürset, in Wohnung, Kleidung, Pflege, Sackgeld u. s. w. in gesunden und kranken Tagen gereicht, haben in gar keinem Verhältniß zu dem Kapitalvermögen und Mobiliar gestanden, welches er und seine Schwester durch besagten Verpfründungsvertrag empfangen haben. Der gewöhnliche Zinsertrag von Fr. 31,000 reiche vollkommen aus, um eine alte Frau vom Stande der Wittwe Römer in gesunden und kranken Tagen zu verpflegen und ihr alles dasjenige zukommen zu lassen, was ihr das Leben angenehm und das Alter leichter machen könne. Außer allem Zweifel stehe es, daß Alles, was die Wittwe Römer von den Beklagten seit dem 8. April 1871 bis zu ihrem Absterben empfangen, jedenfalls den Betrag der Zinsen nicht übersteige, welchen sie von den 4 Zinsschriften bezogen oder zu beziehen gehabt haben. Für das Kapital und das Mobiliar hätten demnach die Beklagten keinen Gegenwerth geleistet, weßhalb die daherige Ueberlassung sich als eine unzulässige Schenkung darstelle.

Abgesehen davon sei der Verpfründungsvertrag ungültig, weil die Wittwe Römer durch denselben über ihr ganzes Kapitalvermögen verfügt habe, wodurch nicht nur eine Kapitalverminderung, sondern ein vollständiger Kapitalverlust eingetreten sei.

Digitized by Google

Endlich habe sie, die Klägerin, ihre Einwilligung zum Abschluß des Verpfründungsvertrages nicht ertheilt. Zwar habe die Vormundschaftsbehörde von Vingelz in ihrem, der Klägerin Namen, die fragliche Machenschaft genehmigt, allein diese Genehmigung sei nicht verbindlich, da sie, die Klägerin, dazumal nicht unter der Gewalt ihrer Großmutter, sondern unter der älterlichen Gewalt ihrer Mutter Maria Römer, geb. Bachmann, gestanden habe und noch stehe. Zudem sei sie auch Bürgerin von Biel und Tüscherz und diese beiden Vormundschaftsbehörden haben sich geweigert, die Genehmigung des Verpfründungsvertrages auszusprechen. Diejenige von Vingelz habe dieselbe erst ertheilt, nachdem sie vom Beklagten, Wilhelm Römer, einen Revers erhalten, gemäß welchem er sie gegen alle daherige Verantwortlichkeit sicher gestellt habe. Wenn der Vertrag gültig wäre, so würde die Klägerin von dem Kapitale der Fr. 31,000 und dem Mobiliar nichts erhalten, sondern es würden diese Vermögensbestandtheile einzig den Beklagten zufallen.

In ihrer Hauptvertheidigung vom 14. Februar 1876 erklärten die Beklagten in Betreff des ersten Klagsbegehrens, daß sie sich demselben unterziehen, soweit dasselbe rein auf Anerkennung der Klägerin als Erbin ihrer Großmutter abzwecke. Sollte das Rechtsbegehren aber weiter gehen und darin namentlich verlangt werden, daß diejenigen Zinsschriften und Beweglichkeiten, welche im Verpfründungsvertrage vom 8. April 1871 genannt seien, in die Theilung eingeschossen werden sollen, so werde auf Abweisung des daherigen Begehrens geschlossen.

In Betreff des zweiten Rechtsbegehrens schlossen die Beklagten auf Abweisung und erklärten auf die von der Klägerin gemachten Propositionen nicht eintreten zu wollen. Eventuell: d. h. für den Fall, daß der Klägerin wider Erwarten ihre beiden Rechtsbegehren zugesprochen werden sollten, stellten die Beklagten folgende Widerklagsbegehren:

Die Klägerin sei schuldig, den Beklagten den dritten Theil alles dessen, was dieselben seit dem 8. April 1871 gemäß dem Verpfründungsvertrag an ihre Mutter und Großmutter verwendet, zu vergüten und sich das daherige Betreffniß in der Theilung anrechnen zu lassen.

Es sei gerichtlich zu erkennen, der Vater der Beklagten und Großvater der Klägerin habe durch den Abtretungs- und Theilungsvertrag vom 1. Januar und 17. Februar 1859 zum Vortheile des Friedrich Römer, Vaters der Klägerin, und zum Nachtheile der Beklagten, deren Pflichttheil verletzt und es sei deßhalb die Klägerin als Rechtsnachfolgerin des Friedrich Römer sel. schuldig

Digitized by Google

und zu verurtheilen, soweit durch diesen Akt die Beklagten an ihrem Pflichttheil geschädigt wurden, sich das daherige Betreffniß in der Endtheilung über die Verlassenschaft der Rosina Römer, geb. Mürset, anrechnen zu lassen.

In der daherigen Begründung machten sie namentlich geltend:

Durch Abschluß der Abtretung und Theilung vom 1. Januar und 17. Februar 1859 und der Abtretung und Theilung vom 10. Juni 1868 sei Wittwe Rosina Römer, geb. Mürset, eine abgetheilte Wittwe — S. 518, 537 und 620 C. — geworden und habe mit dem ihr verbleibenden Vermögen, eventuell wenigstens mit den ihr zum Eigenthume überlassenen Zinsschriften machen können, was sie gewollt. Diese Vermögensobjekte seien ihren Kindern nicht mehr notherbrechtlich verfangen gewesen, und deren Kinder und Kindeskinder hätten, wenn Wittwe Römer, geb. Mürset, keine conträren Verfügungen getroffen, daran bloß im Sinne der Satz. 620 C. Ansprüche.

Abgesehen hievon habe die Vormundschaftsbehörde von Vingelz, welche hier einzig in Betracht komme, den Verpfründungsvertrag genehmigt.

Sollte angenommen werden, der Verpfründungsvertrag sei auch in Betreff der Zinsschriften ungültig, so habe die Mutter der Beklagten jedenfalls das Recht gehabt, über die Früchte ihres Vermögens zu disponiren, und sodann seien sie, die Beklagten, nicht schuldig, über die seit Abschluß des Vertrages vom 8. April 1871 bezogenen Nutzungen der Klägerin Rechnung zu stellen und sich dieselben in irgend einer Weise zum Vortheil der Klägerin anrechnen zu lassen, oder zu deren Gunsten solche in die Theilungsmasse einzuwerfen, namentlich seien sie nicht schuldig, diese bezogenen Nutzungen mit ihren Auslagen für den Unterhalt der Frau Römer, geb. Mürset, zu verrechnen.

Die Pflege der Mutter sei in Folge ihrer Krankheit eine sehr beschwerliche und kostspielige gewesen und könne billig berechnet auf Fr. 20 per Tag angeschlagen werden. Endlich sei durch den Abtretungsvertrag vom 1. Januar und 17. Februar 1859 Friedrich Römer von seinem Vater begünstigt und dadurch der Pflichttheil der Beklagten verletzt worden.

Durch den am 23. Mai 1866 erfolgten Tod des Vaters Johann Römer und den am 10. März 1875 erfolgten Tod seiner hinterlassenen Wittwe Rosina, geb. Mürset, sei jedenfalls über das elterliche Vermögen erst jetzt der Theilungsfall eingetreten und in diesen Fällen seien sie, die Beklagten, berechtigt,

Digitized by Google

in dieser Theilung alle gegenüber ihnen begangenen Pflichttheilsverletzungen in Anschlag zu bringen; vorher haben sie dieses nicht thun können, wie sich aus dem Gesetz und den abgeschlossenen Verträgen ergebe. Diesen Pflichttheilsverletzungen solle nun Wandel gethan werden, und zwar umsomehr, als seiner Zeit eine dahingehende Abrede von sämmtlichen Betheiligten getroffen worden sei.

In der Replik wiederholte die Klägerin ihre Erklärung, daß die Beklagten berechtigt seien, für Verpflegung der Mutter angemessene Entschädigung zu verlangen, dagegen sei eine Vergütung von Fr. 20 per Tag oder Fr. 7300 per Jahr übertrieben.

In Betreff des zweiten Widerklagsbegehrens stellte sie die peremptorische Einrede:

Klägerin sei von dem im zweiten Rechtsbegehren der Widerklage geltend gemachten Anspruche ohne Rücksicht auf dessen ursprüngliche Begründetheit definitiv zu befreien, resp. nicht schuldig, sich auf die Widerklage, soweit sie auf Ergänzung des Pflichttheils geht, einzulassen; und schloß eventuell auf Abweisung des gestellten Begehrens. Die Abtretung sei im Einverständnisse und unter Mitwirkung aller drei Kinder Römer abgeschlossen worden und diese haben in der nachherigen Theilung unter sich gelobt, „dieser Theilung getreulich nachzuleben". Eine Verletzung des Pflichttheiles habe nicht stattgefunden, denn der dem Sohne Friedrich aus der Abtretung und Theilung vom 1. Januar 1859 entstandene Vortheil sei bloß eine Folge der späteren Entwicklung der Verhältnisse, und es sei derselbe durch die Abtretung und Theilung vom 10. Juni 1868 im Einverständnisse mit allen drei Kindern durch die Mutter Römer, geb. Mürset, ausgeglichen worden. Aus der daherigen Urkunde ergebe sich, daß der Streit über die Frage, ob der Vater der Klägerin, Friedrich Römer sel. durch die Abtretung und Theilung vom 1. Januar 1859 bevorzugt und dagegen die Beklagten benachtheiligt, resp. in ihrem Pflichttheile verletzt worden seien, auf eine für die Parteien verbindliche Weise beseitigt sei. Eine Verabredung sämmtlicher Betheiligter, daß den Beklagten wegen angeblicher Pflichtverletzung Wandel gethan werden solle, habe nicht stattgefunden.

Die Streitsache gelangte mit Umgehung des Amtsgerichtes vor den Appellations- und Cassationshof.

Derselbe sprach der Klägerin ihr erstes Rechtsbegehren zu, soweit dasselbe noch streitig war, ebenso das zweite.

Das erste Widerklagsbegehren ergab sich als nicht mehr streitig und in Betreff der Ausmittlung des Maßes der fest-

Digitized by Google

zusetzenden Entschädigung für Verpflegung der Wittwe Römer, geb. Mürset, die Expertise als maßgebend erklärt.

Endlich wurde der Klägerin die gegen das zweite Widerklagsbegehren gerichtete peremtorische Einrede zugesprochen.

Alles unter Folge der Hälfte der Kosten.

Motive:

daß das erste Rechtsbegehren der Vorklage nur insoweit bestritten wird, als die Klägerin ihre erbrechtlichen Ansprüche auch auf dasjenige Vermögen ausdehnt, welches ihre Großmutter Frau Rosina Römer, geb. Mürset, durch Verpfründungsvertrag vom 8. April 1871 den Beklagten zugewendet hatte, somit die Beurtheilung jenes Rechtsbegehrens mit der Frage der Gültigkeit dieses Verpfründungsvertrages — Gegenstand des zweiten Begehrens der Vorklage — im Zusammenhange steht;

daß der von der Klägerin angefochtene Verpfründungsvertrag ungültig erklärt werden muß, weil:

a. die Wittwe Römer geb. Mürset darin über ein Vermögen von Fr. 31,000 in Zinsschriften und von Mobiliar im Schatzungswerthe von Fr. 3000 verfügt hat,
b. sich dieses Vermögen im Hinblick auf den Abtretungsvertrag vom 10. Juni 1868 auf die data der darin erwähnten Zinsschriften, welche später durch den Verpfründungsvertrag vom 8. April 1871 den Beklagten zugewendet worden sind und im Hinblick auf den Todestag des Ehemannes der Wittwe Römer, geb. Mürset, — 23. Mai 1866 — als Kapitalvermögen qualifizirt,
c. der Abtretungsvertrag zwischen der Mutter Römer und ihren drei Kindern Friedrich, Wilhelm und Rosina, vom 10. Juni 1868 sowohl dem Wortlaute, als auch der darin klar ausgesprochenen Absichten der Parteien nach nicht als eine durch Satz. 528 und 537 C. vorgesehene Theilung aufgefaßt werden kann,
d. die im Verpfründungsvertrage von den Beklagten übernommenen Verpflichtungen laut dem Expertenbefinden den Werth der Abtretungsgegenstände im Betrage von zusammen Fr. 34,000 bei Weitem nicht erreicht haben;

daß der fragliche Verpfründungsvertrag somit sowohl als eine wesentliche Kapitalveränderung der unabgetheilten Wittwe Römer geb. Mürset, nach Mitgabe des Art. 6 des Emancipationsgesetzes vom 27. Mai 1847 aufgefaßt, als auch unter dem Gesichtspunkte einer Schenkung von Kapitalvermögen von Seiten einer volljährigen Weibsperson ungültig ist (Satz. 722 C.);

Digitized by Google

daß die durch die Vormundschaftsbehörde von Vingelz ertheilte Genehmigung des Verpfründungsvertrages hieran nichts ändern kann, weil, abgesehen davon, daß diese Genehmigung mit Umgehung und sogar gegen den deutlich ausgesprochenen Willen der Mutter der Klägerin, in ihrer Eigenschaft als natürlicher Vormünderin der Letztern, erfolgte, ein durch das Gesetz verbotenes Rechtsgeschäft*) in Folge jener Genehmigung nicht gültig und rechtsbeständig gemacht werden konnte;

daß somit die beiden Rechtsbegehren der Vorklage rechtlich begründet sind;

daß sich die Klägerin dem ersten Widerklagsbegehren prinzipiell unterzogen hat;

daß in Betreff des Maßes der darin geforderten Entschädigung das Gutachten des Herrn Dr. Neuhaus vom 12. April 1876 in Verbindung mit den thatsächlichen Erläuterungen des Herrn Dr. Dietrich Regel macht, den Parteien indessen überlassen werden muß, dieses Maß später auf gütliche oder rechtliche Weise auszumitteln;

daß es sich nicht mehr darum handeln kann, den zwischen dem Vater Johannes Römer und seinen Kindern Friedrich, Wilhelm und Rosina Römer abgeschlossenen Abtretungs- und Theilungsvertrag vom 1. Januar und 17. Februar 1859 materiell zu prüfen, nachdem:

a. die Kinder selbst im Zustande des eigenen Rechts oder mit gesetzlicher Vertretung bei jenem Vertrage mitgewirkt hatten und

b. der zwischen der Wittwe Römer geb. Mürset, und den gleichen Kindern Römer abgeschlossene Abtretungs- und Theilungsvertrag vom 10. Juni 1868 gemäß seinem Wortlaute, ja gerade zu dem Zwecke stipulirt worden war, „um den mündlichen und schriftlichen Verfügungen des verstorbenen Ehemannes der Abtreterin nachzukommen und die durch Verhältnisse für Friedrich Römer entstandenen Vortheile auszugleichen“;

daß somit die Beklagten und Widerkläger durch diesen amtsnotarialisch stipulirten Vertrag alle bevorstehenden Streitigkeiten über allfällige Pflichttheilsverletzungen auf eine verbindliche und rechtsförmige Weise beseitigen wollten;

---

*) Das Rechtsgeschäft war kein verbotenes oder unerlaubtes, sondern konnte unter Zustimmung der Interessenten gültig abgeschlossen werden. Im vorliegenden Falle lag aber für die damals noch minderjährige Klägerin keine gültige Genehmigung vor, und deßhalb war das Rechtsgeschäft für sie unverbindlich, nicht aber deßhalb, weil es ein verbotenes gewesen wäre.

Digitized by Google

das daher die gegen das zweite Widerklagsbegehren gestellte peremptorische Einrede nach Mitgabe des § 146, 3 P. begründet erscheint, zumal da den Beklagten und Widerklägern der Beweis der Existenz einer spätern Verhandlung im Hinblick auf die Depositionen der Wittwe Römer geb. Bachmann über Art. 84 vollständig mißlungen ist;

daß durch dieses Urtheil mehr zu Gunsten der Klägerin, als der Beklagten entschieden wird, was auf die Bestimmung der Kosten Einfluß hat (§ 49 P.).

42) Wenn ein Pachtvertrag auf bestimmte Zeit abgeschlossen oder stillschweigend auf ein Jahr erneuert worden ist, so geht derselbe mit Ablauf dieser Zeit zu Ende und eine Aufkündung unter Beobachtung der gesetzlichen Fristen ist nicht nothwendig.

Steiner gegen Steiner.
(20. Oktober 1876.)

Durch Abtretungs- und Auskaufsvertrag vom 5. und 6. Februar 1855 trat Frau Maria Steiner, geb. Steiner, ihrem Sohne Johann Steiner, der Tochter Maria Steiner, geb. Steiner, und zwei andern Töchtern ihren Bauernhof ab unter Ueberbindung sämmtlicher Schulden und unter Vorbehalt der Nutznießung während der Dauer ihres Lebens.

Im nämlichen Vertrage veräußerten die drei Schwestern ihrem Bruder Joh. Steiner ihre Antheile an dem Grundstück, so daß letzterer Alleineigenthümer desselben wurde, die Mutter dagegen Nutznießerin blieb. Inzwischen verstarb Joh. Steiner mit Hinterlassung einer Ehefrau und drei Kindern, von welchen die erstere ebenfalls vor Anhebung des Rechtsstreites verstarb. Die Nutznießerin Frau Maria Steiner, geb. Steiner, verpachtete nun den Nutznießungsgegenstand ihrer Tochter Maria Steiner, für einen jährlichen Pachtzins von Fr. 1480 und mit folgender Bestimmung:

Nutzen und Schaden beginnen mit dem 15. Mai 1865 und enden am nämlichen Tag 1868, jedoch kann die Verpächterin das Pflanzland im letzten Frühjahr auf 25. März zurücknehmen. Sollte allfällig die Verpächterin vor Auslauf der Pachtzeit sterben und die Pächterin den Akkord nicht ausmachen können, so hat sie das Recht, nebst Anbauungskosten noch eine angemessene Entschädigung zu fordern, welche aus dem Nachlaß der Verpächterin bezahlt werden soll.

Digitized by Google

Im Herbst 1874, verstarb die Verpächterin und wurde das ihr zugestandene Nutznießungsrecht hinfällig. Die bisherige Pächterin reichte daher in das amtliche Güterverzeichniß derselben eine Anzeige mit Rechtsverwahrung ein, worin sie erklärte, welche Summe der Erbschaftsmasse aus dem Pachtverhältnisse noch zu gute komme, und gleichzeitig alle Rechte wahrte, welche ihr aus dem fraglichen Pachtverhältnisse zustehen, namentlich ihre Ansprüche auf Entschädigung wegen Unterbrechung der Pachtzeit, Vergütung der gemachten Ansaat u. s. w.

Den 8. Dezember 1874 kündete nun die Vormundschaftsbehörde von Großaffoltern Namens der Kinder Steiner den Pachtvertrag auf 15. März und 15. Mai 1875 auf, wogegen die Klägerin Recht darschlug. Einer beabsichtigten provisorischen Verfügung unterzog sie sich jedoch unter Verwahrung aller Rechte, und spielte nun eine Entschädigungsklage aus wegen vorzeitiger Aufkündung. Die Pachtzeit sei ursprünglich auf drei Jahre festgesetzt gewesen, nämlich vom 15. Mai 1865 bis gleiche Zeit 1868, mit der weitern Bestimmung, daß das Pflanzland im letzten Frühjahr auf den 25. März zurückgenommen werden könne. Seither sei das Pachtverhältniß jeweilen stillschweigend erneuert worden und gemäß Satz. 847 C. erstreckte sich diese stillschweigende Erneuerung auf ein Jahr. Die Verpächterin hätte also seit 1868 jeweilen auf den 15. Mai und bezüglich des Pflanzlandes auf den 25. März aufkünden können, vorausgesetzt, daß es binnen der gesetzlich vorgeschriebenen Frist geschehen wäre. In Folge vorzeitiger Aufkündung sei ihr Schaden erwachsen.

Die beklagten Kinder Steiner bestritten den entstandenen Schaden; wäre aber ein solcher entstanden und ein Entschädigungsanspruch gerechtfertigt, so wäre er gegenüber sämmtlichen Erben zu verfolgen, und sie hätten jedenfalls den Theil, den es der Klägerin beziehe, nicht zu vergüten.

Im Ferneren brachten sie an, mit dem Tode der Verpächterin sei das Pachtverhältniß gelöst worden, indem die Pachtsachen der Pächterin nur in Folge Nutznießung verpachtet, und unter Vorbehalt der Auflösung dieses Rechtes beim Tode der Verpächterin übergeben worden seien und haben übergeben werden können.

Die Klägerin wurde in beiden Instanzen mit ihrem Klagsbegehren abgewiesen, unter Annahme folgender oberinstanzlicher

Motive:

Da vorerst die passive Sachlegitimation der Beklagten bestritten wird, so ist in dieser Beziehung zu bemerken:

Digitized by Google

a. die Beklagten nehmen in Sachen eine Doppelstellung ein, indem sie einerseits durch den Hinscheid ihrer beiden Eltern seiner Zeit Eigenthümer des gesammten Bauernhofes auf dem Feld zu Großaffoltern geworden sind, andrerseits zu einem Stammtheil in der Verlassenschaft ihrer im Herbst 1874 verstorbenen Großmutter Maria Steiner, geb. Steiner, succedirt haben;

b. in ersterer Eigenschaft stand ihnen unzweifelhaft das Recht zu, unmittelbar nach dem Hinscheid der Nutznießerin sich in den Besitz der Immobilien, welche Wittwe Maria Steiner, geb. Steiner, kraft ihres Nutznießungsrechtes an die Klägerin verpachtet hatte und welche einen Theil des oberwähnten Bauernhofes bildeten, zu setzen, zumal jener Pachtvertrag ohne Zustimmung, resp. Mitwirkung der Eigenthümer abgeschlossen wurde; denn nach bernischem Recht geht der dingliche Anspruch des Eigenthümers jedem obligatorischen Rechtsverhältniß unbedingt vor und stehen dem Pächter nicht einmal irgend welche possessorische Rechtsmittel zu (409, vgl. 352 C.);
(Zeitschrift für vaterländisches Recht, Band 12, pag. 1 ff.)

c. in ihrer zweiten Eigenschaft als Miterben der Verlassenschaft der Nutznießerin und Verpächterin fraglicher Liegenschaften, werden dagegen die Beklagten für die Handlungen der Erblasserin, mithin auch für die Verpflichtungen derselben aus dem Pachtvertrag vom 15. Mai 1865 einzustehen haben und zwar nach Satz. 515 C. mit solidarischer Haftbarkeit. Man kann nicht einwenden, daß ihre Eigenschaft „als Miterben" nicht ausdrücklich in der Ueberschrift der Klage hervorgehoben worden ist, da das Gesetz eine solche Bezeichnung nicht vorschreibt (vgl. 134 P.) und ihre daherige Eigenschaft sich aus dem Inhalt der Prozeßakten deutlich ergibt.

Allein auch in dieser Beziehung ist, abgesehen davon, daß Klägerin schon bei Abschluß des Pachtvertrages wissen mußte, daß derselbe mit dem Tode der Verpächterin sein Ende erreichen würde, und sich, falls dieser Umstand schon innert den ersten drei Pachtjahren eintreten sollte, eine Entschädigung ausbedang (vgl. Seuffert Archiv XIV, 115) der Vorwurf einer unzeitigen Aufkündung, auf den sich das Entschädigungsbegehren stützt, deßhalb unbegründet, weil der Pachtvertrag selbst in dem für die Klägerin günstigen Falle mit dem 15. Mai 1875 ohne Weiteres sein Ende erreichte und eine Aufkündung überhaupt nicht erforderlich war;

Digitized by Google

da nämlich eine Aufkündungsfrist in dem Vertrage gar nicht festgesetzt war, so kann es sich blos fragen, ob die gesetzliche Frist der Satz. 849 C., welche bei Pacht eines Landgutes 180 Tage beträgt, auf den vorliegenden Fall Anwendung finde. Diese Frage ist zu verneinen, weil Satz. 849 nur diejenigen Fälle im Auge hat, bei welchen Parteien weder die Dauer des Vertrages, noch eine Aufkündungsfrist zum voraus vereinbart haben, und wo es also im Belieben jedes Kontrahenten stände, jeden Augenblick aus dem Bestandverhältniß zu treten. Hier dagegen liegt ein auf bestimmte Zeit geschlossener Vertrag vor, der sich laut Satz. 846 und 847 vermöge stillschweigender Erneuerung, nämlich durch die bloße Thatsache des Verbleibens der Pächterin auf dem Pachtgut mit Einwilligung der Verpächterin, je um ein Jahr, also ebenfalls auf bestimmte Zeit, verlängerte und mit Ablauf des Jahres rechtlich sein Ende erreichte. Weit entfernt, die Rechte der Klägerin verletzt zu haben, thaten also die Beklagten mehr, als wozu sie verpflichtet gewesen wären, indem sie derselben schon am 8. Dezember 1874 kund thaten, daß sie eine weitere Erneuerung des Pachts nicht eintreten zu lassen beabsichtigten (vgl. Leuenbergers Vorlesungen III, 771 ff.).

43) Waarenbestellung des Ehemannes als vermuthlicher Bevollmächtigter seiner Ehefrau.

Weiler-Guggenheim gegen F. und L. Olivet in Genf.
(21. Oktober 1876.)

Durch Zahlungsaufforderung vom 29./30. Oktober 1874 forderten die Herren F. und L. Olivet in Genf von Frau Weiler-Guggenheim für gelieferte Waaren einen Fakturabetrag von Fr. 1237. 35 und Folgen.

Nach Ausfagen der Kläger lieferten dieselben der Beklagten eine Balle Tuchwaaren, deren Ablieferung durch Vermittlung der Herren Bauer & Comp. in Bern in ihr Magazin erfolgt sei. Die Beklagte habe den Empfang der Waaren bescheinigt, dagegen den für den Fakturabetrag auf sie gezogenen Wechsel nicht bezahlt und gegen die Zahlungsaufforderung Recht dargeschlagen, weil sie mit den Klägern in keiner Verbindung stehe und keine Waaren von ihnen bezogen habe. Die letzteren seien vielleicht von ihrem Manne bezogen worden. Nun sei der Ehe-

Digitized by Google

mann Weiler-Guggenheim im Jahr 1871 in Geltstag gefallen, worauf seine Ehefrau das Haus Nr. 188 grün Quartier in Bern gekauft habe und dort unter der Firma „Weiler-Guggenheim" ein Tuchwaarengeschäft betreibe. Die Unterschrift nun, welche sich auf der von der Firma Weiler-Guggenheim für die fragliche Waarensendung ausgestellten Empfangsbescheinigung befinde, rühre nicht von dem Ehemann Weiler, sondern von seiner Frau her.

In ihrer Hauptvertheidigung behauptete Frau Weiler, sie habe die Annahme des fraglichen Ballens verweigert, da sie keine Bestellung gemacht habe. Infolge dessen sei dieselbe wieder in das Magazin der Herren Bauer & Comp. zurücktransportirt und später an die Adresse des Herrn Weiler in Interlaken spedirt worden. Sie betreibe auf eigene Rechnung ein Mode- und Frauentuchwaarengeschäft, während ihr Ehemann auf eigene Rechnung Waaren kaufe und verkaufe. Sie habe nun keine Waaren von den Klägern bestellt, und weder Faktur noch Bestellungsakt befinden sich in ihren Händen; ebensowenig rühre der angerufene Empfangschein von ihr her. Wie unrichtig die gegnerischen Behauptungen seien, ergebe sich schon aus den Thatsachen, daß sowohl die Faktur als die Wechsel auf den Namen des Herrn Weiler-Guggenheim lauten, und daß die fraglichen Waaren Männertuchwaaren seien, während sie selbst kein solches Geschäft betreibe.

Gegen den Zeugen Lorenzetti, bei welchem die Bestellung gemacht worden sein soll, wurde eine Verdächtigkeitseinrede erhoben, weil er im Geschäft betheiligt sei und am Ausgange des Prozesses ein unmittelbares, eventuell wenigstens ein mittelbares Interesse habe. Die Verdächtigkeitseinrede wurde erstinstanzlich zugesprochen und sodann in beiden Instanzen die Klage der Herren F. und L. Olivet für begründet erklärt.

Motive:

daß zugestandener Maßen der Ehemann der Beklagten, Charles Weiler-Guggenheim, im Jahr 1871 in Bern in Geltstag fiel, die Beklagte als durch dieses Faktum nach bernischem Rechte güterrechtlich getrennte Ehefrau bald darauf ein Haus eigenthümlich erwarb und seither in demselben auf eigene Rechnung ein Mode- und Tuchwaarengeschäft unter der Firma „Weiler-Guggenheim" betrieben hat;

Digitized by Google

daß nach den Aussagen des Zeugen Lorenzetti, Reisenden des kläger'schen Handelshauses, derselbe sich zu Abschluß von Geschäften in das Magazin der Beklagten begab, von derselben an ihren anderwärts beschäftigten Ehemann gewiesen wurde, mit diesem Letztern das in Frage liegende Kaufsgeschäft abschloß, wogegen er hinwiederum ein Doppel des Kommissionszeddels der Beklagten überbrachte;

daß aus den Depositionen des Speditors Bauer und seiner Angestellten Baumann und Jost hervorgeht, daß die betreffende Waare in das Geschäftslokal der Beklagten abgeliefert wurde, wie überhaupt alle Waaren, welche unter dem Namen „Weiler-Guggenheim" anlangen, jeweilen durch den genannten Speditor in das nämliche Geschäftslokal abgeliefert werden;

daß durch die angeordnete Handschriftenvergleichung der Beweis bis zu dem Grade hoher Wahrscheinlichkeit für die Thatsache erbracht ist, daß die Beklagte die dem Speditor Bauer für Ablieferung der Waare ausgestellte Quittung unterzeichnet habe;

daß unter diesen faktischen Verhältnissen, wenn nicht vorausgesetzt werden soll, daß eine betrügerische Handlungsweise beabsichtigt war, anzunehmen ist, der Ehemann Charles Weiler habe bei Abschluß des fraglichen Geschäftes als der Bevollmächtigte seiner Ehefrau und also in deren Namen verhandelt;

daß die Behauptungen der Beklagten, sie habe die Annahme der Waare verweigert und letztere habe sich überhaupt nicht für den Betrieb ihres Geschäftes geeignet, nicht erwahrt wurden;

daß der Umstand, daß die Faktur auf den Namen des Herrn Weiler-Guggenheim lautete, im vorliegenden Falle deßhalb nicht von Erheblichkeit sein kann, weil er sich dadurch erklären läßt, daß der Geschäftsreisende der Kläger im Glauben sein konnte, er habe mit dem Ehemann Weiler als dem Prinzipale des Geschäfts verhandelt;

daß auch die Ziehung der Tratte auf den Herrn Weiler-Guggenheim nur als eine weitere Konsequenz aus dieser unrichtigen Auffassung der Verhältnisse anzusehen ist und übrigens dieselbe von dem Ehemanne der Beklagten nicht honorirt wurde.

44) Das der Tochter zustehende Zugrecht geht auf ihren Ehemann über. Gegen einen Verkaufsvertrag, welchen der Vater mit dem Tochtermann geschlossen hat, ist

Digitized by Google

daher ein Zugrecht des Bruders des Verkäufers nicht begründet.

Thönen gegen Bütschi.
(26. Oktober 1876.)

Durch Kaufvertrag vom 15. Juli 1875 verkaufte Jakob Bütschi seinem Tochtermann Chr. Thönen verschiedene Liegenschaften nebst Zugehörden im Dorfe Reutigen mit Nutz- und Schadensanfang auf den Tödestag des Verkäufers. Gegen diesen Verkauf wurde von Seiten des Bruders des Verkäufers der Zug angekündigt, wogegen Thönen die Zugsberechtigung des Oheims seiner Frau bestritt und namentlich geltend machte, der Kauf sei mit ihm als Tochtermann des Verkäufers abgeschlossen worden, somit mit ihm als Ehemann der Tochter des Verkäufers. Nun sei aber seine Frau selbst eine zugberechtigte Verwandte des Jakob Bütschi und gehe als Tochter dem Bruder des Verkäufers vor. Die Streitsache gelangte direkt vor den Appellations- und Kassationshof und wurde von demselben zu Gunsten des Thönen entschieden.

Motive:

daß alle Vermögensrechte der Ehefrau, mit Ausnahme des vorbehaltenen Gutes, auf den Mann übergehen (S. 88 C.) und Letzterer folgeweise darüber frei, resp. ohne an den Willen seiner Ehefrau gebunden zu sein, verfügen kann;

daß zu diesen Vermögensansprüchen auch das der Ehefrau gesetzlich zustehende Zugrecht gehört;

daß der Fall, wo das Zugrecht vom Berechtigten abgetreten oder für einen Anderen ausgeübt wird (S. 820 C.), auf dieses Verhältniß keine Anwendung finden kann, zumal sonst Ehefrauen außer Stande wären, das Zugrecht geltend zu machen;

daß die Tochter Luise Bütschi, obschon jetzt verheirathet, zum Verkäufer im verwandtschaftlichen Verhältniß der absteigenden Linie geblieben ist und dem heutigen Beklagten, Bruder des Verkäufers, in Ausübung des Zugrechtes vorgeht (S. 824 C.).

45) Eine Quittung, welche nicht in den unterpfändlich versicherten Titel eingetragen und in den Grundbüchern

Digitized by Google

angemerkt ist, erzeugt für dritte Personen keine Verbindlichkeit.

Dähler gegen Balmer.

(27. Oktober 1876.)

Einem Urtheile des Appellations- und Kassationshofes entnehmen wir folgende

Motive:

daß nachgewiesener Maßen die Beklagten unterm 9. Dezember 1869 dem Banquierhause Tschann-Zeerleder & Comp., auf eine für den damaligen Gläubiger Johann Friedrich Dähler verbindliche Weise, an die laut Kaufvertrag vom 10. April 1869 schuldige Restanz von Fr. 7800 eine Abschlagszahlung von 2000 Franken geleistet haben;

daß dieselben aber unterließen, nach Satz. 1008 C. zu verlangen, daß hiefür ein Empfangschein in dem Forderungstitel ausgestellt und derselbe in die öffentlichen Bücher eingetragen werde;

daß in dem über Johann Friedrich Dähler im Jahre 1870 vollführten Geltstage die ganze Kaufrestanz von Fr. 7800 und Fr. 422. 50 Zinsausstand zur Masse gezogen und nach vorgängiger Anweisung zweier besser berechtigter Forderungen von Fr. 1004. 14 und Fr. 462. 36 die Rechtsvorgängerin der heutigen Kläger, Maria Lehmann in Bern, für den dermal eingeklagten Betrag von Fr. 7656 auf dieselbe kollozirt wurde;

daß nach Satz. 497 C. eine Quittung, die nicht in den Pfandbrief eingetragen worden, für den dritten Besitzer desselben unverbindlich ist und es sich im vorliegenden Falle in rechtlicher Beziehung hauptsächlich frägt, ob die in dem Geltstage des Dähler auf den oben bezeichneten Theil der Kaufrestanz angewiesene Geltstagsgläubigerin Maria Lehmann, beziehungsweise die an Stelle derselben getretenen heutigen Kläger, welche die daherige Anweisung nicht ausgeschlagen haben, als dritte Besitzer, im Sinne der angerufenen Gesetzesstelle anzusehen seien oder nicht;

daß zwar in thesi die Geltstagsgläubiger nicht als Successoren des Gemeinschuldners aufzufassen sind, dieselben vielmehr die Rechte des Cridars in seinem Namen, aber zu ihrem eigenen Vortheile ausüben;

Digitized by Google

daß jedoch das bernische Konkursverfahren in Betreff der Liquidation das Massavermögen und darauf gestützt die Anweisung der Gläubiger durchaus auf die nämliche Linie stellt wie jeden Dritten, der, bei andern Liquidationsgrundsätzen, auf dem Wege der Singularsuccession die daherigen Gegenstände aus dem Massavermögen erworben hätte; — es sind dieß nämlich die Bestimmungen im Art. 571 V.-V., daß kein Gegenstand unter dem Schatzungswerthe hingegeben und kein Forderungsrecht versteigert werden dürfe;

daß die Wirkung dieser Ausnahmsbestimmungen sich dann im Verlaufe der Liquidation darin findet, daß einzelne Geltstagsgläubiger auf den Werth der betreffenden Massaobjekte angewiesen, und insofern innerhalb gesetzlicher Frist eine Ausschlagung der Anweisung nicht erfolgt, durch Hingabe an Zahlungsstatt als befriedigt angesehen werden müssen;

daß aber im Weiteren in gleichem Maße, wie das Recht des Gläubigers an den Gemeinschuldner bis auf den Werth der erhaltenen und nicht ausgeschlagenen Anweisung erlischt, umgekehrt dem Erstern ein selbstständiges Recht auf das Anweisungsobjekt erwachsen muß und folglich der frühere Geltstagsgläubiger nunmehr nach durchgeführter Liquidation allerdings als Rechtsnachfolger in diese speziellen Gegenstände (seien es körperliche Sachen: Eigenthum oder Forderungsrechte: Gläubiger) aufzufassen ist.

46) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist anwendbar auf prozessualische Fristen, nicht aber auf Nothfristen im materiellen Civilrechte.

Zeitschrift IX, 195; X, 259.

Schori gegen Mischler.

(28. Oktober 1876.)

Rudolf Schori erwirkte gegen Daniel Mischler ein Bestandverbot, welches binnen 14 Tagen unangefochten blieb. Nach Ablauf dieser Frist lud Mischler den Schori vor Richteramt Bern zu Beurtheilung des Kassationsbegehrens. Der Vorgeladene erhob jedoch hiegegen eine peremtorische Einrede, weil der Widerspruch nicht binnen 14 Tagen erfolgt, das Bestand-

Digitized by Google

verbot somit in Rechtskraft erwachsen sei. Mischler schloß auf Abweisung dieser Einrede und stellte eventuell das Rechtsbegehren: er sei wegen seiner Säumniß, Herrn Schori innert der Frist von 14 Tagen vorzuladen, in den vorigen Zustand einzusetzen:

Wenn die Ladung nicht rechtzeitig erfolgt sei, so sei dieß einer Säumniß seines Anwaltes zuzuschreiben, welcher rechtzeitig den Auftrag hiezu erhalten habe. Da diese Thatsache von dem Anwalte bestätigt wurde, so wurde das Wiedereinsetzungsbegehren erstinstanzlich zugesprochen und der Entscheid oberinstanzlich bestätigt;

Motive:

daß die in § 96 P. vorgesehene Wiedereinsetzung in den vorigen Zustand auf prozessualische Fristen anwendbar ist, nicht aber auf Nothfristen im materiellen Civilrecht;

daß Mischler die Wiedereinsetzung verlangt, weil sein Anwalt säumig war, binnen der in § 649 V.-B. bestimmten Frist den Rudolf Schori zur Kassation des von diesem herausgenommenen Bestandverbotes vorzuladen;

daß der Anwalt . . . unter Anbietung des Eides erklärt hat, daß die Säumniß wirklich in seiner Fahrläßigkeit ihren Grund habe — § 99 P.

daß somit der im § 96 P., Ziffer 3 vorgesehene Wiedereinsetzungsgrund vorhanden ist;

daß Mischler sein Begehren zwar erst in der Replik, d. h. nachdem Schori dem Kassationsbegehren eine prozeßhindernde Einrede entgegengesetzt, angebracht hat;

daß er aber auch nicht in der Stellung war, sein Begehren früher anzubringen und daß auch die vorherige Ankündung des Gesuches nicht nothwendig war, weil die Hauptsache selbst bei einem Termine, resp. im summarischen Verfahren verhandelt wurde — § 86 P.

Bemerkung. Die Bedeutung des Motives, Mischler sei nicht in der Stellung gewesen, sein Begehren früher anzubringen, ist nicht klar. Mischler hatte sein Wiedereinsetzungsgesuch anzubringen, bevor er sein Kassationsbegehren stellen konnte, und die Gründe, weßhalb er auch von dieser Verpflichtung befreit werden konnte, sind aus dem Urtheile nicht ersichtlich.

Digitized by Google

November 1876.

47) Cassation eines Vollziehungsbefehls, weil der Gläubiger nicht berechtigt war, den Bürgen anzugreifen, bevor die streitige Schuldfrage gegenüber dem Schuldner erledigt war.

Würthner gegen Bloch.

(1. November 1876.)

Durch Vorladung vom 23./24. Februar 1876 lud J. M. Würthner den Bernhard Bloch vor Richteramt Bern zu Beurtheilung des Rechtsbegehrens:

Der von Bloch gegen Würthner für eine angebliche Forderung von Fr. 596. 85 Zins und Kosten erlassene Vollziehungsbefehl vom 14./21. Februar 1876 sei gerichtlich zu cassiren.

Zu Begründung brachte der Cassationskläger an: Unterm 14. und 21. Februar 1876 habe Bloch gegen Würthner als Bürgen des Herrn Bantli in Winterthur für eine Wechselforderung von Fr. 596. 85 einen Vollziehungsbefehl erlassen, gegen welchen Widerspruch erhoben worden sei, aus folgenden Gründen: Den 28. Januar 1875 habe Herr Bantli in Winterthur zu Gunsten des Beklagten Bloch einen Wechsel ausgestellt von Fr. 2000, wofür Kläger nebst 4 anderen Personen als Bürgen sich verpflichtet hatten. Mit Rechtsbott vom 5. Januar 1876 habe Bloch den Bantli für die Wechselforderung von restanzlich Fr. 1000 rechtlich betreiben lassen, worauf letzterer für den Betrag von Fr. 587 Rechtsvorschlag verlangt habe, weil derselbe durch Einlösung dreier Tratten getilgt worden sei. Dieser Rechtsvorschlag sei erstinstanzlich verweigert, oberinstanzlich dagegen für begründet erklärt und demnach die provisorische Rechtsstellung bestätigt worden. Nach diesem Urtheil und nach zürcherischem Recht hätte nun Bloch, um seine Rechte gegen Bantli für die widersprochene Forderung von Fr. 587 geltend zu machen und zu wahren, innert einer Nothfrist von 6 Wochen gegen denselben klagen sollen, unter Folge der Erfitzung der Forderung im Unterlassungsfalle. Zudem sei das Betreibungsverfahren hierdurch gegen Bantli und die Mitverpflichteten sistirt worden. Bloch habe es nun unterlassen, innert der angeführten Nothfrist gegen den Hauptschuldner Bantli zu klagen, weßhalb seine daherige Forderung erloschen sei, und weder gegen den Hauptschuldner noch gegen den Bürgen geltend gemacht werden könne.

Digitized by Google

Der fragliche Wechsel von Fr. 2000 sei übrigens vom Schuldner Bantli durch Baarzahlungen im Betrage von Fr. 1413 und Einlösung von Tratten im Betrag von Fr. 587 getilgt worden. Letztere seien von Bantli nicht acceptirt und da er dem Bloch weiter nichts schuldig gewesen sei, so habe er sie auf Rechnung der schuldigen Wechselsumme eingelöst. Von der letzteren habe zudem Bloch dem Schuldner bei der Auszahlung Fr. 200 für Zins und Provision in Abzug gebracht.

Endlich habe Bloch dem Kläger Würthner angeboten, ihn gegen Bezahlung einer Summe von Fr. 40 von seiner Bürgschaftsverpflichtung zu entlassen, den Schuldner Bantli direkt zu belangen und ihn überhaupt nicht mehr zu betreiben. Dieses Anerbieten habe Kläger angenommen und die Fr. 40 bezahlt, so daß nun Bloch nicht berechtigt sei, ihn dermal anzugreifen oder zu betreiben.

In seiner Vertheidigung erwiderte Bloch: Der Wechsel sei zahlbar gewesen im Domicil des Wechselgläubigers und von Bantli in Bern ausgestellt und ebendaselbst von ihm und den Bürgen unterzeichnet worden. Wenn nun gegen Bantli in Zürich, resp. Winterthur provisorische Rechtsstellung verhängt worden, so sei damit Bloch noch keineswegs verpflichtet worden, den Prozeß gegen denselben in Winterthur oder Zürich auszuführen, bevor er gegen den hiesigen Bürgen Würthner die Forderung einklagen könne. Zudem seien gegen den Hauptschuldner Bantli sowohl nach den bernischen als nach den zürcherischen Gesetzen alle Rechte gewahrt, wenigstens soweit, daß Würthner als Bürge keinen Befreiungsgrund daraus herleiten könne. Ferner habe Kläger auf die amtliche Aufforderung hin die geforderte Summe nicht deponirt und die Voraussetzungen des § 449 V.-V.- seien nicht vorhanden.

Endlich verneinte der Beklagte, daß von der ursprünglichen Wechselsumme mehr als Fr. 1413 getilgt seien, denn Bloch habe an Bantli die Beträge der von ihm eingelösten Wechsel auch zu fordern gehabt, da er mehrfach mit ihm im Geschäftsverkehr gestanden sei.

Das Cassationsbegehren wurde in beiden Instanzen zu Gunsten des Klägers und gegen Bloch entschieden.

Motive:

Daß der Cassationskläger Würthner, in seiner Eigenschaft als Wechselbürge des Herrn Bantli in Winterthur, belangt wird,

Digitized by Google

wobei die Betreibung nach unwidersprochener amtlicher Wechselaufforderung bis zur Mittheilung des Vollziehungsbefehls fortgeschritten ist;

daß Würthner jedoch seinen nachträglichen Widerspruch und das vorstehende Cassationsbegehren durch die Behauptung zu begründen sucht, der Wechselgläubiger Bloch habe nach Erlaß der Wechselaufforderung, aber vor Mittheilung des Vollziehungsbefehles vom 19. Dezember 1875 gegen die Ausstellung eines Wechsels im Betrage von Fr. 40, welcher von ihm eingelöst worden sei, ihn von fraglicher Wechselbürgschaft befreit;

daß der Beklagte Bloch in seiner Abhörung zugiebt, er habe dem Würthner gegen Ausstellung eines Wechsels im Betrage von Fr. 40 versprochen, ihn einstweilen nicht weiter zu betreiben und sich vorläufig an den Wechselschuldner Bantli zu halten;

daß dann der Wechselgläubiger Bloch in Vollziehung seines Versprechens den Schuldner Bantli wirklich belangt und die genannten Fr. 40 erhalten hat;

daß aber der Wechselschuldner Zahlung vorschützte und die Forderung widersprach, worauf durch die Gerichte von Zürich die Betreibung eingestellt wurde und die Forderung nunmehr nur durch die Durchführung eines Rechtsstreites geltend gemacht werden kann;

daß nun hier nicht zu untersuchen ist, ob die fragliche Wechselforderung wirklich getilgt worden sei, in welchem Falle natürlich der Bürge nicht haften würde;

daß aber der Gläubiger im Hinblick auf das genannte Versprechen und die durch ihn selbst gegen Bantli herbeigeführte Prozeßklage nicht berechtigt ist, sich direkt an den Bürgen Würthner zu halten, bevor die streitige Frage betreffend die Tilgung der Wechselschuld entschieden sein wird (§§ 449, 2, 436, 453 V.-V., Art. 68, 102 W.-O.).

48) Haftbarkeit der Eisenbahn wegen Manco. Spedition über mehrere Bahnlinien. Klagverjährung.

Rittter gegen Centralbahn.

(2. November 1876.)

Am 2. September 1871 erhielt Herr Ritter, Negotiant in Biel, eine Sendung Sprit in 18 Fässern. Dieselben hatten bei

Digitized by Google

ihrer Uebergabe an die Güterexpedition in Berlin 12,133 Zollpfund gewogen, waren aber mit einem Gewicht von nur 10,866 Pfund in Biel angelangt, somit mit einem Manco von 1267 Pfund.

Auf Mittheilung der Reclamation durch Vermittlung der schweiz. Centralbahn lehnte die badische Bahn jede Haftbarkeit ab, weil der fragliche Manco durch constante Leckage infolge der warmen Witterung während des Transportes und der Verwendung von Fäßern aus grünem Holze entstanden sei. Hierauf gestützt lehnte auch die Centralbahn jede Verantwortlichkeit ab.

Herr Ritter trat daher gegen die abliefernde Centralbahn klagend auf und verlangte Verurtheilung derselben zum Schadensersatz für den erlittenen Manco, insoweit derselbe die üblichen Grenzen überschreite. Als solche anerkannte er 2 % des Gesammtgewichtes der 12,133 Pfund, somit 242 Pfund, so daß die Vergütung sich beziehen würde auf 1025 Pfund, oder 410 Maaß im Werth von Fr. 746. 20.

Die beklagte Centralbahn vertheidigte sich zuerst uneinläßlich und beantragte Befreiung von dem klägerischen Anspruch ohne Rücksicht auf dessen ursprüngliche Begründetheit. Eventuell schloß sie auf Abweisung des klägerischen Rechtsbegehrens, und brachte zur Begründung namentlich an: Die fragliche Sendung habe vom Abgangsort Berlin hinweg bis zum Bahnhof der Centralbahn in Basel folgende deutsche Bahnlinien durchlaufen: Berlin-Potsdam-Magdeburg, Magdeburg-Halberstadt, Main-Weser-, Main-Neckar- und großherzogliche badische Eisenbahn, und es seien somit diese Bahngesellschaften die Frachtführer der fraglichen Sendung von Berlin bis Basel gewesen. Diese sämmtlichen Linien seien auf deutschem Reichsgebiet und in demselben habe zur Zeit des Transportes der fraglichen Sendung das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch gegolten. Dieses bestimme in seinem Art. 408:

Durch Annahme des Gutes und Bezahlung der Fracht erlischt jeder Anspruch gegen den Frachtführer. Nur wegen Verlustes oder Beschädigung, welche bei der Ablieferung äußerlich nicht erkennbar waren, kann der Frachtführer selbst nach der Annahme und nach Bezahlung der Fracht in Anspruch genommen werden, wenn die Feststellung des Verlustes oder der Beschädigung ohne Verzug nach der Entdeckung nachgesucht worden ist, und bewiesen wird, daß der Verlust oder die Beschädigung während der Zeit seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung entstanden ist.

Digitized by Google

Die Bestimmungen über die Verjährung der Klagen und Einreden gegen den Spediteur wegen Verlustes, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung des Gutes (Art. 386) finden auch auf den Frachtführer Anwendung.

Der Art. 386 laute:

Die Klagen gegen den Spediteur wegen gänzlichen Verlustes oder wegen Verminderung, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung des Gutes verjähren nach einem Jahr.

Die Frist beginnt in Ansehung der Klagen wegen gänzlichen Verlustes mit dem Ablauf des Tages, an welchem die Ablieferung hätte bewirkt sein müssen; in Ansehung der Klagen wegen Verminderung, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung mit dem Ablauf des Tages, an welchem die Ablieferung geschehen ist.

Ferner enthalte der Frachtbrief die ausdrückliche Erklärung des Versenders des Guts, daß er die fraglichen Fässer der Bahn Berlin-Potsdam-Magdeburg übergebe, auf Grund der in dem Reglement für den Vereinsgüterverkehr auf den Bahnen des Vereins deutscher Eisenbahnverwaltungen, sowie der in den besondern Reglementen der betreffenden Bahnen, beziehungsweise der Verbände enthaltenen und ihm bekannten Bestimmungen, welche für diese Sendung in Anwendung kommen, und auf Grund dieser Bestimmungen habe das Frachtgut von Berlin nach Biel befördert werden sollen. Nun sei dasselbe am 3. September 1871 vom Kläger unter Bezahlung der Fracht und Spesen erhoben, die Klage aber erst am 6. November 1872 mitgetheilt worden. Gestützt auf Art. 424 d. H.-G. Art. 63, Z. 2 und 7 litt. b des Transportreglementes der schweizerischen Eisenbahnen für den direkten Güterverkehr und andere Eisenbahnreglemente bestritt endlich die Beklagte, daß sie oder ihre Vorbahnen den Beweis zu leisten haben, daß sie an dem eingeklagten Decalo nicht Schuld tragen; vielmehr sei der Beweis des Gegentheiles Sache des Klägers. Eventuell wurde geltend gemacht, der Verlust sei auf der 978 Kilometer langen Transportstrecke durch Leckage entstanden, was um so leichter möglich gewesen sei, als der Transport zur heißesten Jahreszeit stattgefunden habe und Sprit zu denjenigen Flüssigkeiten gehöre, welche schon infolge ihres Alkoholgehaltes und abgesehen von der Beschaffenheit der Gebinde sich am allerleichtesten verflüchtige. Bereits bei der Ankunft in Basel sei ein Manco constatirt worden von 785 Pfund, weßhalb die Centralbahn die Waare nur gegen Revers übernommen habe. Bei Abgang derselben habe der Manco

Digitized by Google

bereits 921 Pfund betragen und es habe sich derselbe bis zur Ablieferung noch bedeutend gesteigert, wobei constatirt worden sei, daß der Verlust während der Fahrt doppelt so groß gewesen sei, als während der ruhigen Lagerung, wodurch das Entstehen des Manco's durch Leckage bewiesen werde.

Endlich sei der erlaubte und nicht zu vergütende déchet mit 2 % nicht hoch genug berechnet. Diese Berechnung gelte nur für gewöhnliche naße Güter und bei verhältnißmäßig kleinen Transportstrecken, nicht aber bei Sprit und bei längeren Strecken.

Dagegen bemerkte der Kläger, die Maximaltransportfrist von Berlin nach Biel betrage 13 Tage, nun habe aber der Transport 25 Tage gedauert, so daß auch bei gleichmäßiger Leckage die Hälfte des Manco dem verzögerten Transport, somit einem Verschulden der Bahn zuzuschreiben sei. Hiefür aber habe dieselbe nach Art. 397 d. H.-G. einzustehen.

Der Appellations- und Cassationshof, welcher mit Umgehung des Amtsgerichtes in erster und letzter Instanz zu urtheilen hatte, wies vorerst, gestützt auf die bisher consequent eingehaltene Praxis, die peremptorische Einrede ab, weil die Behauptung, das Regreßrecht der Beklagten sei verjährt, weil der Kläger seine Klage zu spät angestellt habe, einläßlich anzubringen sei. In der Hauptsache wurde das klägerische Begehren zugesprochen, allein statt eines Abzuges von 2 % ein solcher von 5 % als billig erachtet.

Motive:

Es fragt sich vorerst, ob Beklagte nachgewiesen habe, daß der Manco ganz oder theilweise nicht auf ihrer Strecke eingetreten, resp. verschuldet, und ein Rückgriff auf die ihr vorangehende badische Staatsbahn nach dortigen Gesetzen ausgeschlossen sei. In diesem Falle würde nämlich Beklagte sich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen und dem feststehenden Gerichtsgebrauch (vrgl. auch Art. 36 des Bundesgesetzes betreffend den Transport auf Eisenbahnen vom 20. März 1875) der Verantwortlichkeit ganz oder theilweise entschlagen können.

Was den ersteren Punkt anbelangt, so geht aus der Beweisführung so viel hervor, daß der Manco jedenfalls zum größern Theil vor Uebernahme der Fässer durch sie eingetreten ist, denn:

a. unterm 28. August stellte die großherzogliche badische Staatsbahnverwaltung der Beklagten bei Uebernahme des Guts eine sogenannte „Reserve" zu, wonach bereits ein Gewichtsverlust von 921 Pfund gleich 7½ Prozent auf dem Gesammtgewicht eingetreten war;

Digitized by Google

b. schon bei Anlaß der Oeffnung der Wagen und zollamtlichen Behandlung der Fässer in Darmstadt ergab sich laut Aussage des Zeugen Obersteuer-Revisors Götz daselbst auf zwei Fässern ein Manco von 4½ resp. 5 Zoll;

c. auch die Sachverständigen nehmen an, daß in dem mangelhaften Wiederverschluß der einzelnen Fässer, sei es Seitens der Steuerbehörde (was unwahrscheinlich sei), sei es Seitens der Spundverletzenden, der ungleiche Verlust der Gebinde zu suchen sei; dieser sehr ungleiche Verlust war aber schon in Basel vorhanden (siehe Tabelle der Beklagten ad Art. 66).

Die einjährige Verjährungsfrist, welche das allg. deutsche Handels-Gesetzbuch für Klagen aus dem Frachtvertrag wegen Verlusts oder Beschädigung aufstellt, war allerdings zur Zeit der Klage-Mittheilung abgelaufen; allein es hat eine Unterbrechung der Verjährung durch den am 9. Februar 1872 abgehaltenen Aussöhnungsversuch stattgefunden, da nach § 16 P.-O. die friedensrichterliche Ladung jede Ersitzung und Verjährung unterbricht und die dort vorgesehenen Ausnahmsfälle in casu nicht zutreffen; da nun das deutsche Reichsoberhandelsgericht in Betreff der Frage, wie die Klagverjährungen des deutschen H.-G.-B. unterbrochen werden können, das „Landesgesetz" für maßgebend erklärt hat (vgl. Puchelt, Commentar zum allgem. deutschen H.-G.-B., Anmerk. ad Art. 386, Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes, Bd. 16, S. 411). so ist um so weniger daran zu zweifeln, daß auch die Verjährung der Regreßklage dadurch eingestellt wurde. Uebrigens sind derartige processuale Vorschriften für den Richter nicht absolut verbindlich.

Wenn sonach ein Verlust des Klagrechts wegen Verjährung nicht eingetreten ist, so kann im Fernern auch von einer vorbehaltlosen Annahme des Frachtguts und Bezahlung der Fracht im Hinblick auf die vom Kläger sofort bei Ankunft des erstern getroffenen Maßnahmen (Expertise u. s. w.) nicht gesprochen werden und ist Art. 408 allg. deutsches H.-G.-B. ebenfalls nicht anwendbar.

Was nun die fernere Behauptung der Beklagten betrifft, es stehe ihr ein Rückgriffsrecht auf die vorangehende Bahnverwaltung auch deßhalb nicht zu, weil:

a. Sprit zu denjenigen Gütern gehöre, welche vermöge ihrer eigenthümlichen natürlichen Beschaffenheit der besondern Gefahr ausgesetzt sind, außergewöhnliche Leckage zu erleiden, und in Ansehung welcher es nach Art. 424, Ziff. 4

Digitized by Google

d. H.-G.-B. den Eisenbahnen gestattet werde, die Haftung für den hieraus entstehenden Schaden wegzubedingen, was denn auch durch das Vereins-Güterverkehrs-Reglement geschehen sei;

b. mithin nach dem vorletzten Absatz des Art. 424 cit. bis zum Nachweise des Gegentheils vermuthet werden solle, daß der Schaden wirklich aus der nicht übernommenen Gefahr entstanden sei;

c. nun aber dieser Nachweis des Gegentheils, beziehungsweise der Beweis, daß die Bahn ein Verschulden treffe, nicht geleistet sei;

so ist hierauf Folgendes zu erwidern:

a. vorerst ist jedenfalls nicht der ganze Manco auf deutschen Bahnstrecken entstanden, sondern 321 Pfund, d. h. ca. 3 % des in Basel übernommenen Quantums, fallen auf den Transport Basel-Biel, welcher drei bis vier Tage in Anspruch genommen hat, statt nur einen, wie das bezügliche Experten-Gutachten als ordentliche Lieferzeit angiebt;

b. aber auch in Betreff des auf den deutschen Bahnen eingetretenen Gewichtsverlusts, und zugegeben, daß Sprit seiner Natur nach leicht Leckage erleide, daß die heiße Witterung und die lange Transportstrecke, vielleicht auch die Qualität des zu den Fässern verwendeten Holzes, das Rinnen der Flüssigkeit durch die Fugen der Gebinde befördert habe, — erklären die Sachverständigen, sie können nicht annehmen, daß nur in einzelnen Gebinden unter den gleichen Umständen ein Manco von gegen 100 Pfund (durch Leckage) eingetreten sei und andere, wie z. B. die Nr. 2776 und 2770 fast zur Hälfte leer befunden wurden, während die größere Anzahl der Gefässe ihre Versandt-Quantität führte; ferner ist eine Verletzung der Spunten durch Anbohrung an mehreren Fässern von den Zeugen und beeidigten Küfermeistern Meyer und Schürch in Biel festgestellt, und endlich ist nicht zu übersehen, daß der Transport Berlin-Basel um drei Tage, der Aufenthalt in Basel bis zur Uebergabe des Guts an die Centralbahn ebenfalls drei Tage länger gedauert hat, als das Experten-Gutachten als Maximal-Lieferzeit bezeichnet;

c. alle diese Umstände müssen die Ueberzeugung begründen, daß der vorliegende enorme und so ungleich vertheilte Gewichtsverlust nicht ausschließlich der Leckage zugeschrieben

Digitized by Google

werden könne, mithin wenigstens zum Theil, von den Bahnen zu vertreten sei.

Als billige Grenze, bis wohin unter obwaltenden Umständen der Empfänger den eingetretenen Schaden mitzutragen, resp. von seiner Ersatzforderung in Abzug zu bringen hat, wird ein Quantum von 5 % des Gesammt-Aufgabe-Gewichts mit 606 Pfund angenommen und der übrige Manco mit 637 Pfund gleich 254 Maß zu Fr. 1. 30 berechnet.

49) Eine Uebereinkunft, welche waadtländische Weibspersonen ohne Mitwirkung von außerordentlichen Beiständen abgeschlossen haben, kann nicht mehr in Frage gestellt werden, wenn nach erfolgter Emancipation Anerkennung durch concludente Handlungen erfolgt ist. Die exceptio rei transactae ist in einläßlicher Form anzubringen, wenn die Rechtsgültigkeit und Verbindlichkeit der Uebereinkunft bestritten wird.

Sophie Rossier, geb. Cottier u. Mith. gegen Erben des J. Haldi.

(3. November 1876.)

Motive:

Daß sich die peremtorische Einrede der Beklagten auf die Behauptung stützt, der Rechtsstreit sei durch die Uebereinkunft vom 24. November 1870 auf eine für die Parteien verbindliche Weise beseitigt worden (§ 146, 3 P.);

daß aber die Rechtsförmigkeit und Verbindlichkeit jener Uebereinkunft von Seiten der Kläger bestritten und angefochten wird und daher in einläßlicher Form zu prüfen ist;

daß zwar die Wittwen Rossier und Yersin die fragliche Verzichtleistung vom 24. November 1870 ohne Mitwirkung ihrer Geschlechtsbeistände unterzeichnet und in Vollziehung der Erklärungen vom 24. und 25. November 1870 im Jahre 1871 Fr. 2500 auf Abschlag der Erbauskaufsumme und Fr. 500 als Gegenwerth des von der Frau Haldi eingekehrten Mobiliars ebenfalls ohne jene Mitwirkung angenommen hatten, während Abraham Lenoir, als Ehemann der Rosa, geb. Cottier, die fragliche Verzichtleistung unterzeichnet hattte;

Digitized by Google

daß aber am 4. Dezember 1873 die Geschlechtsbeistandschaften im Kanton Waadt aufgehoben und die diesem Kantone angehörenden Frauen emanzipirt worden sind;

daß die Klägerinnen gestützt auf die angefochtene Uebereinkunft und Erklärung vom 24. und 25. November 1870, sowie auf die letzte Willensverordnung des Erblassers Johannes Haldi vom 21. Dezember 1871 nach ihrer Emanzipation die Zinse von der versprochenen Restanz der Fr. 7500 pro 1874 und 1875 eingefordert und angenommen haben, wodurch sie auf eine förmliche und rechtsverbindliche Weise die fragliche Uebereinkunft genehmigten und daher nicht mehr befugt sind, die von ihnen vollzogenen und nachträglich gutgeheißenen Verträge anzufechten.

50) Exceptio rei judicatae et transactae abgewiesen wegen Verschiedenheit des Gegenstandes.

Zahlungen gestützt auf eine gefälschte Cession sind ungültig und Löschungen, welche gestützt auf eine daherige Quittung im Grundbuch stattgefunden haben, ungültig.

Schüpbach gegen Portner.

(3. November 1876.)

Ueber den Nachlaß des am 28. Mai 1864 verstorbenen Chr. Burri wurde ein vormundschaftliches Inventar aufgenommen und in dem daherigen Vorbericht erwähnt, daß ein dem Erblasser gehöriger Titel auf Samuel Wiedmer im Riedli zu Neuenegg von Capital Fr. 3100 am Tage vor seinem Tode der Frau Maria Schneider, geb. Jakob, abgetreten worden sei, weßhalb man diese Forderung nicht in das Inventar aufgenommen habe. Der daherige Titel Kaufbeile zwischen Chr. Burri im Riedli bei Neuenegg als Verkäufer und Samuel Wiedmer als Käufer vom 2. August und 11. November 1859 von Capital Fr. 3100 befand sich wirklich im Besitz der Frau Maria Schneider mit einer „Chr. Burri" unterzeichneten Uebergabe versehen. Die Erben des Burri behaupteten nun, die Unterschrift des Chr. Burri sei gefälscht und rühre nicht von ihm her, ebenso wenig sei ein Gegenwerth geleistet worden.

Inzwischen erwarb Chr. Stauffer von Landiswyl das erwähnte Unterpfand und es wurde ihm die Forderung von Fr. 3100

Digitized by Google

zu verzinsen und zu bezahlen überbunden. In Folge dessen bezahlte er dem Joh. Ulr. Schneider, Ehemann der Maria, geb. Jakob, einen Betrag von Fr. 900 ab, so daß noch verblieben Fr. 2200. Diese restanzliche Forderung wurde von Schneider der Hypothekarkasse des Kantons abgetreten.

Den 9. Oktober 1867 wurde das Unterpfand dem Johann Portner verkauft unter Ueberbindung der Forderung. Bereits am 17. November 1866 hatten nun die Erben des Chr. Burri gegen Joh. Ulr. Schneider den Aussöhnungsversuch eingeleitet über das Rechtsbegehren:

Es sei die in der Kaufbeile auf Samuel Wiedmer nachgetragene Cession des Chr. Burri zu Gunsten der Frau Maria Schneider, geb. Jakob, für Capital Fr. 3100 aufgehoben und mit allen ihren Folgen ungültig zu erklären.

Diesem Begehren unterzog sich Schneider, worauf sich die Erben gegen die Hypothekarkasse wandten mit dem Begehren, sie solle die Unechtheit der Unterschrift des Chr. Burri anerkennen.

Die Beklagte verlangte nun Einstellung des Civilprozesses, um gegen die Frau Schneider eine Anzeige wegen Fälschung einreichen zu können.

Durch Urtheil des Assisenhofes des I. Bezirkes vom 31. Oktober 1871 wurde die Angeklagte der Fälschung schuldig erklärt und die Unterschrift des Chr. Burri cassirt, worauf die Hypothekarkasse den Abstand erklärte.

Hierauf trat Samuel Studer als außerordentlicher Beistand der landesabwesenden Erben des Burri gegen Portner klagend auf und stellte folgende Rechtsbegehren:

Es sei der Beklagte schuldig, anzuerkennen, die Unterschrift „Christian Burri" enthalte unter der Uebergabe vom 23. April 1864 nachgetragen einer Kaufbeile zwischen Chr. Burri im Riedli bei Neuenegg als Verkäufer und Samuel Wiedmer als Käufer, vom 2 August und 11. November 1859 gefertigt den 1. Oktober 1859, Grundbuch Neuenegg Nr. 11, pag. 489 von Kapitalbetrag Fr. 3100 sei unecht und rühre nicht von Christen Burri, dem Gläubiger dieser Forderung her.

Der Beklagte sei schuldig, anzuerkennen, es sei diese Cession vom 23. April 1864 ungültig und nichtig.

Es habe der Beklagte ferner anzuerkennen, es sei auch die auf die erwähnte Cession vom 23. April 1864 sich gründende Zahlung des Chr. Stauffer, seines Vorbesitzers, vom 11. Juli

Digitized by Google

1866 im Betrage von Fr. 900 sammt beziehendem Marchzins, sowie die daherige Quittung vom gleichen Tage ungültig und für die Klägerinnen unverbindlich.

Es sei der Beklagte endlich schuldig, anzuerkennen, daß die Schuldpflicht von Fr. 900 sammt Zins seit 11. November 1865 à 4 % gegenüber dem Kläger, Namens er handle, noch dermalen bestehe und die dem Beklagten angehörenden Liegenschaften im Riedli zu Neuenegg für diese Forderung unterpfändlich verhaftet seien.

In seiner Hauptvertheidigung machte Porter geltend, das Pfandrecht für die Fr. 900 sei bereits gelöscht gewesen, als er das Unterpfand gekauft habe.

Ferner sei Frau Schneider durch Urtheil des Assisenhofes den Klägern gegenüber zum Grundsatze der Entschädigung verurtheilt worden und es seien daher die Erben Burri mit ihrem Anspruch an Frau Schneider gewiesen, weßhalb ihnen kein Recht zustehe, den nämlichen Anspruch auch gegen dritte Personen geltend zu machen. Er selbst sei nicht als civilistisch-verantwortliche Person in dem Prozesse gegen Frau Schneider vorgeladen worden und auch nicht erschienen; dagegen haben die Kläger sich als Civilpartei gestellt und seien daher auch im Falle gewesen, ihn adcitiren zu lassen, wenn sie sich eventuell an ihn halten wollten.

Da dieß nicht geschehen sei, so habe die heutige Klägerschaft auf jedes Regreßrecht Verzicht geleistet.

Hierauf gestützt behauptete der Beklagte, der Klagsanspruch sei ersessen und der Streit bereits auf eine für die Parteien verbindliche Weise beurtheilt.

Eventuell: es habe die Klägerschaft nicht nachgewiesen, daß der ihnen zugesprochene Entschädigungsanspruch gegen Frau Schneider nicht realisirt werden könne, daher sei die Klage wenigstens einstweilen zurückzuweisen, bis dargethan sei, daß der Anspruch gegen Frau Schneider nicht realisirbar sei.

Auch in diesem Falle fand Umgehung des Amtsgerichtes statt, und es wies der Appellations- und Cassationshof den Beklagten mit seinen beiden Einreden ab, sprach dagegen der klagenden Partei ihre Rechtsbegehren zu.

Motive:

Daß sich die peremtorische Einrede des Beklagten auf die Behauptung stützt, der vorstehende Rechtsstreit sei durch das

Digitized by Google

Assisenurtheil vom 31. Oktober 1871 rechtskräftig entschieden worden (§ 146, 2. P.);

daß aber jenes Urtheil auf einem ganz andern Rechtsgrund beruhte, einen andern Gegenstand hatte und zwischen andern Parteien ausgefällt wurde, als dieß beim vorliegenden Rechtsstreite der Fall ist;

daß die Unterlassung der klägerischen Partei, den Johann Portner, als civilistisch verantwortliche Partei zu den Assisenverhandlungen vorzuladen, nicht als ein Verzicht auf ihre Regreßansprüche ausgelegt werden kann, weil die vorstehende Klage keine Regreßklage ist und der Art. 299 St.-V. eine solche Ladung in das Ermessen der Civilpartei stellt, ohne an die Unterlassung irgend welche Folgen zu knüpfen;

daß die Civilklage aus dem sub Nr. 2 angeführten Grunde laut Art. 3 St.-V. nicht ausgeschlossen ist;

daß die fristliche Einrede des Beklagten ebenfalls unbegründet erscheint, weil die vorliegende Klage nicht auf Entschädigungsansprüche, sondern auf Anerkennung des Grundpfandrechts gerichtet ist, welches mit dem gegen die Maria Schneider durch das Assisenurtheil vorbehaltenen Entschädigungsanspruch in keinem direkten Zusammenhange steht;

daß durch das erwähnte Assisenurtheil die Unterschrift des Christian Burri, welche unter der Abtretung der Kaufbeile vom 2. August und 11. November stand, als falsch cassirt wurde;

daß somit auch die auf jene cassirte Abtretung geleistete Zahlung des Christian Stauffer vom 11. Juni 1866 im Betrage von Fr. 900 für die Klagspartei unverbindlich ist;

daß Christian Stauffer daher dieses Kapital der Fr. 900 noch schuldet und die gestützt auf die falsche Unterschrift und Cession erfolgte Löschung des Pfandrechts im Grundbuche das Pfandrecht selbst nicht aufheben konnte, weil keiner der in der Satzung 496 C. aufgezählten Erlöschungsgründe des Pfandrechts hier vorhanden ist, und die in Folge einer Fälschung bewirkte unrichtige Eintragung der Löschung im Grundbuche nach Analogie der Satz. 440 C. angefochten werden kann.

51) Für Gewichtsmanco und Beschädigungen haftet die abliefernde Eisenbahn nicht, wenn sie den Nachweis erbringen kann, daß die Beschädigung auf einer vorhergehenden Bahn stattgefunden hat, und eine Regreßklage

Digitized by Google

gegen dieselbe deswegen nicht mehr möglich ist, weil der Kläger seine Schadenersatzklage zu spät angebracht hat. Indessen ist dieser Einwand in einlässlicher Form geltend zu machen und nicht in derjenigen einer peremtorischen Einrede.

Ritter-Fahrni gegen schweiz. Centralbahn.

(11. November 1876.)

Motive:

a. Betreffend die prozeßhindernde Einrede.

Daß dieselbe sich auf die Behauptung stützt, da einerseits die eingeklagte Beschädigung (Verminderung) des Frachtgutes nicht auf der Bahnstrecke der beklagten, sondern auf denjenigen der vorhergehenden Bahnverwaltungen eingetreten sein müsse, anderseits die Klagsverjährungsfrist des Art. 408 (vrgl. 386) des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, unter welchem letztere Verwaltungen stehen, eine bloß einjährige, mithin die Regreßpflicht der Vorbahnen erloschen sei, so könne auch die Beklagte nicht in Anspruch genommen werden;

daß die Frage, ob dieser Einwand in uneinläßlicher Form von dem belangten, angeblich schuldlosen Frachtführer geltend gemacht werden könne, schon mehrmals in Prozessen gegen die Beklagte erörtert und in verneinendem Sinne entschieden worden ist, weßhalb lediglich auf jene frühern Urtheile verwiesen wird;

b. Betreffend die Hauptsache:

daß aus einer Zusammenhaltung des zu Art. 5 der Klage angerufenen Expertenbefundes mit der in Art. 7 daselbst aufgestellten Rechnung hervorgeht, daß ausschließlich die Verminderung in dem Gebinde Nr. 9539 den Gegenstand der vorliegenden Klage bildet; daß es sich aber im Weitern aus den Vertheidigungsthatsachen der Beklagten ergiebt, daß an dem ursprünglichen Inhalte dieses Gebindes von 1120 Zollpfunden, bei der Uebernahme desselben aus der Hand der badischen Bahn 577 Zollpfunde fehlten, während der weitere Manco, der sich auf ihrer eigenen Bahnstrecke einstellte, nur 13 Pfund beträgt;

daß nach Mitgabe der Art. 386 und 408 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches die Klagen gegen den Frachtführer wegen Beschädigung (Verminderung) des Frachtgutes nach einem

Digitized by Google

Jahre, von dem Tage der Ablieferung hinweg zu zählen, verjähren;

daß im vorliegenden Falle die Ablieferung des Frachtgutes am 19. April 1873 stattgefunden hat, die einjährige Klagsverjährungsfrist jedoch nach Mitgabe der im Urtheile vom 2. laufenden Monats in Sachen F. Ritter-Allemand gegen die nämliche Beklagte adoptirten Erwägungsgründe durch den am 14. Mai 1873 abgehaltenen friedensrichterlichen Aussöhnungsversuch unterbrochen wurde;

daß die Klage selbst erst am 15. Januar 1875 der Beklagten mitgetheilt wurde, folglich von dem Zeitpunkte der eingetretenen Unterbrechung bis zu demjenigen der wirklichen Klagenmittheilung die einjährige Verjährungsfrist neuerdings abgelaufen ist;

daß somit die Beklagte nachgewiesen hat, sowohl daß die vorhandene Verminderung des Frachtgutes schon vor der Uebernahme desselben aus der Hand der badischen Bahn eingetreten war, als auch, daß der Rückgriff der Beklagten auf ihre Vorbahn durch Verjährung ausgeschlossen ist und sie sich in einem solchen Falle nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen und nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Transport auf Eisenbahnen der Verantwortlichkeit entschlagen kann.

52) Gültigkeit einer Cession. Zahlung an die Masse des ursprünglichen Gläubigers. Unverbindlichkeit derselben.

Bürki gegen Wittwe Klay.

(9. November 1876.)

Am 1. Mai 1874 verpachtete R. Bürki dem Alois Michael von Lanthen seinen Gasthof zur Sonne in Schwarzenburg und verkaufte ihm gleichzeitig vorhandene Getränke im Betrag von Fr. 3000, wofür von Lanthen eine notarialische Obligation ausstellte. Im folgenden Jahr übertrug von Lanthen mit Einwilligung des Bürki den Pachtvertrag auf Wittwe Maria Klay geb. Moor, welche die vorhandenen Getränke und Wirthschaftsmobilien zum Factumpreis und Ankaufspreis übernahm. Die daherige Schatzung betrug Fr. 5270. 70. Von dieser Forderung trat von Lanthen dem Bürki zu Deckung seiner Forderung von Fr. 3000 einen gleich großen Betrag ab und es wurde diese Cession der Schuldnerin Wittwe Maria Klay gerichtlich mitgetheilt. Einige Wochen später wurde über von Lanthen der Geltstag verhängt, und die Forderung von Fr. 5270. 70 zur

Digitized by Google

Masse gezogen. Bei einer späteren Gläubigerversammlung theilte der Massaverwalter mit, daß der Geltstager von seiner Forderung einen Betrag von Fr. 3000 an Bürki abgetreten habe, weßhalb zwei Gläubiger beschloßen, diese Cession anzufechten. Ein Rechtsstreit wurde jedoch nicht angehoben, denn es ließ sich die Schuldnerin infolge Aufforderung des Massaverwalters dazu verstehen, die ganze Schuldsumme der Masse von Lanthen einzuzahlen.

Als sie daher von Bürki belangt wurde, schlug sie gegen seine Forderung das Recht dar, weil sie am rechten Ort und gültig bezahlt habe.

Erst- und oberinstanzlich wurde die Unverbindlichkeit der geleisteten Zahlung und die Schuldpflicht der Wittwe Klay, geb. Moor, anerkannt.

Motive:

Daß der Kläger Bürki an Alois Michael von Lanthen laut Obligation vom 4. Dezember 1874 ein Capital von Fr. 3000 zu fordern hatte, gegen deren formelle und materielle Begründetheit von keiner Seite Einwendungen erhoben worden sind;

daß von Lanthen der Beklagten, Frau Klay, in Folge Uebertragung des Pachtvertrages über den Gasthof zur Sonne in Schwarzenburg, laut Inventar und Schatzung das Wirthschaftsmobiliar daselbst um den Kaufpreis von Fr. 5270. 70 eigenthümlich überließ und von dieser Summe dem Kläger Bürki am 12. Juli 1875 zur Deckung jenes Obligationskapitals Fr. 3000 cedirte;

daß sich die Beklagte schon am 7. Juli 1875 in den Besitz jenes Mobiliars setzte und seither als Eigenthümerin darüber verfügt hat;

daß nun zwar bald darauf, nämlich am 22. Juli 1875 der provisorische und am 23. September 1875 der definitive Geltstag über den Abtreter von Lanthen verhängt und die ganze Kaufsumme der Fr. 5270. 70 ad massam gezogen worden ist;

daß aber in jener Cession vom 12. Juli 1875 keine betrügerische Handlung liegt, weil die erwähnte Obligationsforderung unter allen Umständen auf das fruchtbare Vermögen des Geltstagers und zwar in der V. Classe angewiesen worden wäre;

daß die fragliche Cession der Beklagten bereits am 12. Juli 1875 mitgetheilt worden war und dieselbe daher nicht berechtigt

Digitized by Google

war, die eingeklagten Fr. 3000 später an die Geltstagsmasse von Lanthen auszubezahlen (Satz. 980 und 981 C.), sondern es vielmehr angezeigt gewesen wäre, jene Summe nach Mitgabe der Satz. 372 C. hinter den Richter zu legen.

53) Anerkennung eines Rechtes auf Wasser. Identität des dienenden Grundstückes mit dem im ursprünglichen Erwerbstitel beschriebenen. Störung dieses Rechtes durch Errichtung einer Brunnenleitung.

Aebersold gegen Obrist.

(9. November 1876.)

Durch Vertrag vom 13. Oktober 1873 verkaufte Peter Lehmann dem Herrn Obrist Wasser, welches in seinem Grundstück entsprang und räumte ihm das Recht ein, eine Brunnstube zu erstellen und das gekaufte Wasser hinein zu leiten. Franz Jakob Aebersold behauptete nun, es stehe ihm ein Recht auf dieses Wasser zu, und da Obrist im Grundstücke des Lehmann Anstalten traf, um dasselbe zu fassen, so ließ Aebersold der daherigen Leitung nachgraben, um sich zu überzeugen, in wie weit der Quellenabfluß durch die vom Beklagten eingelegten Röhrenstränge abgeschwächt worden sei.

Dieß bewog Herrn Obrist, eine provisorische Verfügung auszuwirken zum Schutze seines Besitzstandes, und da Aebersold zu Anstellung der confessoria entschlossen war, so unterzog er sich dem gestellten Begehren, „ohne jedoch hiedurch den Besitzstand des Herrn Obrist an dem fraglichen Wasser anzuerkennen."

Er trat nun klagend auf und stellte folgende Rechtsbegehren:

Es sei zu erkennen, der Beklagte sei schuldig, die Rechte des Klägers, welche sich auf Benutzung des in der Hausmatte des Ulrich Liechti oder nun des Peter Lehmann entspringenden Brunnens beziehen (Brunnen oder Wässerungsrechte oder Recht auf das Abwasser) nach Mitgabe der Titel und bisheriger Uebung anzuerkennen.

Es sei zu erkennen, der Beklagte sei nicht berechtigt, innerhalb dieses Quellengebietes Wassernachgrabungen, durch welche die Rechte des Klägers beeinträchtigt werden, vorzunehmen, und verpflichtet, soweit die Benutzung des Wassers durch seine bis-

Digitized by Google

herigen Anlagen abgeschwächt oder bedroht wird, dieselben wegzuschaffen oder sonst wie unwirksam zu machen.

Es sei die von dem Beklagten gegen den Kläger ausgewirkte provisorische Verfügung als aufgehoben zu erklären.

Zu Begründung seines Anspruches berief sich Aebersold auf eine schon vor Einführung der Untergerichte stattgefundene Verschreibung, auf seitherige Zufertigung und auf die Verjährung. Im Besondern brachte er an: Peter Lehmann, von welchem der Beklagte sein Recht ableiten wolle, habe das betreffende Grundstück im Jahre 1866 von seinem Schwager Christian Liechti erworben, und es werde in diesem Theilungsvertrage zwar das Recht des Klägers auf Benutzung des fraglichen Brunnens nicht erwähnt, dessen ungeachtet sei Lehmann durch den Vorbesitzer von der Existenz desselben in Kenntniß gesetzt worden. Als nämlich Lehmann mit dem Beklagten über den Verkauf des fraglichen Wassers in Unterhandlungen getreten sei, habe ihn sein Schwiegervater Liechti aufmerksam gemacht, daß der darin entspringende Brunnen dem Kläger gehöre oder daß dieser wenigstens ein Recht auf das Abwasser habe. Infolge dessen sei in den Kaufvertrag zwischen Lehmann und Obrist der Vorbehalt aufgenommen worden, daß durch denselben ein allfälliges Recht des Franz Aebersold auf das Abwasser des in des Vorbesitzers Ulrich Liechti's Matte entspringenden Brunnens nicht berührt werde.

Kläger behauptet nun, Ulrich Liechti habe ein Heimwesen in der Hohlen von seiner Ehefrau Anna, geb. Boßhardt, erworben, diese habe es aus der Verlassenschaft ihres 1810 verstorbenen Vaters Hans Boßhardt, Chorrichter, übernommen, welcher die Hälfte davon mit Steigerungskaufbeile vom 5. und 12. März 1784 von seinem Bruder Niklaus erworben, nachdem ihm die andere Hälfte schon früher angehört habe. In diesem Vertrage von 1784 werde nun angezeigt, daß in der verkauften Hausmatte fünf verschiedene Brunnen sich befinden, „davon der erste und der fünfte dem Hans Kiener auf der Eiche zugehören, alles nach Inhalt ihrer in Händen haltenden Titeln u. s. w." Kiener habe diesen Brunnen durch Kauf vom 1. März 1771 von Niklaus Boßhardt erworben, und die daherige Eintragung im Contracten-Protokoll der Landschreiberei des Gerichts Signau laute wie folgt:

„Verkauftes: Ein Brunnen in sein des Verkäufers Moosmatte in gedachter Hohlen, 70 Fuß weit obenher der Eichigassen, allwo dieser Brunnen würklich in eine Brunnstuben, durch zwei

Digitized by Google

besondere Akten, davon die zur rechten Hand 26 Schuh und die zur linken Hand 85 Schuh weit von der Brunnstuben in die Matten gehet, eingeleitet sich befinden. Dieser Brunnen nun kann der Käufer nach seinem Belieben über die Gassen hin über sein Erdreich leiten und nutzen, auch selbigen nöthigenfalls, soweit die Akten gehen, nachgraben, jedoch daß solches in unschädlichen Zeiten geschehe und den Verkäufer in Bewässerung seiner Matten nicht hindern, massen demselben frei gestellt sein solle, über die Akten hinaus zu wässern, wie bis dahin geschehen. Und wird dieser Brunnen dem Käufer übergeben, ohne weitere Ausnahme nach Vorbehalt."

Durch einen ebenfalls im Contracten-Protokoll des Gerichts Signau eingetragenen Kaufvertrag vom Jahre 1792 habe die Wittwe des genannten Hans Kiener auf dem Eichi ihr daselbst besitzendes Heimwesen dem Hans Hofer von Langnau verkauft „sammt dem in der Hausmatte auslaufenden Brunnen nach Ausweis eines mit Niklaus Boßhardt aufgerichteten Kaufbriefes vom 12. März 1771". Die Angabe dieses Datums beruhe jedoch auf Irrthum, und es sei dieser Akt jedenfalls identisch mit dem angeführten Kaufvertrag zwischen Nikl. Boßhardt und Hans Kiener vom 1. März 1771. Bald nachher, nämlich durch Kaufvertrag von 1794 und 1795 habe Hans Hofer das von der Wittwe des Hans Kiener erworbene Heimwesen auf dem Eichi dem Samuel Rüfenacht verkauft und da sei in Betreff der Brunnen das Gleiche gesagt, wie im Kaufvertrag zwischen Hans Hofer und der Wittwe Kiener vom Jahre 1792.

Im Jahre 1800 sei Samuel Rüfenacht in Geltstag gefallen und das Heimwesen an Christen Mäusli von Höchstetten veräußert worden. In dem daherigen Vertrage sei zwar der von Niklaus Boßhardt erkaufte Brunnen nicht ausdrücklich erwähnt, aus dem Eingange des Verbals ergebe sich aber, daß das Heimwesen auf den neuen Erwerber habe übergehen sollen, wie soches im Kaufvertrage zwischen Hofer und Rüfenacht von 1794 und 1795 beschrieben sei, und da in demselben der Brunnen als Zubehörde erwähnt sei, so sei er mit der Handänderung des herrschenden Grundstückes ohne weiteres auf den neuen Erwerber übergegangen.

Auf das Absterben des Christen Mäusli sei das Heimwesen auf seinen Neffen Christen Moser übergegangen, welcher sich dasselbe 1820 habe zufertigen lassen. In der daherigen Urkunde sei unter den zugefertigten Liegenschaften speziell angeben:

a. Das im Kaufvertrag zwischen der Geltstagsmasse des Samuel Rüfenacht und Chr. Mäusli von 1800 beschriebene Stück

Digitized by Google

Moos unterher der Leimern ꝛc.; „darüber gehen sechs verschiedene Dünkelleitungen . . . . . hingegen diene dazu das Wässerungsrecht nach alter Uebung".

Dieses Moos habe Christian Moser im Jahre 1852 dem heutigen Kläger verkauft.

Ferner besitze er zwei Grundstücke, welche er mit anderen Liegenschaften im Jahre 1847 von seinem Vater Chr. Aebersold erworben habe, nämlich:

1. Ein Stück Ackerland auf dem Eichi ꝛc.

2. Der Höhliacker, unweit dem Höhli gelegen, von circa einer und dreiachtels Jucharten ꝛc.

Zu diesem Acker diene das Recht, das Wasser in dem Graben ob der Höhli Moosmatte abwechselnd mit Müller Daniel Strahm zu benutzen; auch habe der hierseitige Besitzer das Recht, das Abwasser von dem in Ulrich Liechti's Matte entspringenden Brunnen zu gebrauchen, sei aber verpflichtet, im Falle der Nichtbenutzung dasselbe laufen zu lassen.

In allen Handänderungsverträgen, welche dieser Erwerbung vorausgegangen seien, finde sich die Anzeige, daß „der hierseitige Besitzer das Recht habe, das Abwasser von dem in Ulrich Liechti's Matte entspringenden Brunnen zu gebrauchen".

Kläger behauptete nun im Weiteren, diese erwähnten, ihm gehörenden Grundstücke befinden sich zu der Matte des Peter Lehmann in einer solchen Lage, daß der in letzterer entspringende Brunnen auf dieselbe abgeleitet und dort namentlich zu Wässerung benutzt werden könne, und es müsse an der Hand der Urkunden und nach der Terrainbeschaffenheit angenommen werden, das in den Titeln verzeigte Wässerungsrecht betreffe wirklich die Benutzung der aus jener Matte abfließenden offenen Wasserrinne (Brunnen und Wassergräblein). Der in Peter Lehmann's Matte entspringende Brunnen, welcher durch ein Wassergräblein in die Grundstücke des Klägers geleitet werde, entspreche der im Kaufvertrag von 1771 zwischen Niklaus Boßhardt und Hans Kiener angegebenen Beschreibung, die beiden Zuleitungen, welche den Brunnen bilden, seien als Akten oder Dünkelleitungen noch vorhanden, und die Stelle sei noch auszumitteln, wo früher die Brunnstube sich befunden habe. Bis in die neueste Zeit sei der Brunnen von ihm ungestört und ungehindert benutzt und namentlich zur Wässerung verwendet worden.

Die in seine Grundstücke abfließende Brunnquelle befinde sich nun in dem Gebiete, dessen Wasser der Beklagte von Peter

Digitized by Google

Lehmann erworben habe, und die eine Zuleitung dieses Brunnens werde durch die vom Beklagten eingelegten Drainstränge berührt. Darin liege ein wirklicher Wasserentzug zum Nachtheil dieser Brunnquelle oder doch die Gefahr eines solchen, welche nur durch Entfernung der gegnerischen Anlagen gehoben werden können. Derselbe sei demnach verpflichtet, die Rechte des Klägers anzuerkennen, welche sich auf die Benutzung der in der Matte des Peter Lehmann entspringenden Brunnquelle beziehen, und folglich auch nicht berechtigt, Nachgrabungen in diesem Quellengebiet vorzunehmen, und soweit in den bisherigen Anlagen eine Beeinträchtigung liege, sei er verpflichtet, dieselben zu entfernen oder unwirksam zu machen.

In seiner Hauptvertheidigung vom 20. Februar 1875 schloß der Beklagte auf Abweisung der gegnerischen Klage und brachte namentlich an:

Der Kläger bringe mit seiner confessorischen Klage einerseits auf Anerkennung seiner Rechte, welche sich auf Benutzung der in der Hausmatte des Peter Lehmann entspringenden Brunnen beziehen (Brunnen oder Wässerungsrecht oder Recht auf Abwasser), nach Mitgabe der Titel und bisheriger Uebung; andererseits auf Unterlassung fernerer Störungen und Wegschaffung der bisherigen Anlagen innerhalb dieses Quellengebietes.

Entgegen den vom Kläger gemachten Anbringen behauptete nun der Beklagte, als zugefertigt seien nur diejenigen Dienstbarkeiten anzusehen, unter deren Vorhalt das dienende Grundstück dem Eigenthümer desselben zugefertigt worden sei; es werde nun des Bestimmtesten verneint, daß dem Eigenthümer des angeblich dienenden Grundstücks, nämlich des Heimwesens in der Hohlen, speziell der daherigen Hausmatte, dasselbe oder diese letztere unter Vorbehalt irgend welcher Dienstbarkeit zu Gunsten des Klägers oder seiner Vorbesitzer zugefertigt worden sei.

Was das angeblich zur Moosmatte gehörende Wässerungsrecht anbetreffe, so werde vom Kläger dessen Entstehen auf den Kauf zwischen Hans Kiener und Niklaus Boßhardt vom Jahr 1871 zurückgeführt, allein Kiener sei damals auch Eigenthümer eines Heimwesens auf dem Eichi gewesen und habe dasselbe mit dem Brunnen im Jahr 1792 an Hans Hofer verkauft. Im Jahr 1794 habe Hofer das Eichiheimwesen an Samuel Rüfenacht veräußert und in diesem Handänderungsvertrage sei der fragliche Brunnen als selbständiges Kaufsobjekt angeführt und nicht als ein Dienstbarkeitsrecht zu der Moosmatte. Aus dem im Jahre

Digitized by Google

1800 erfolgten Geltstage über Samuel Rüfenacht habe Chr. Mäusli das Heimwesen auf dem Eichi erworben, allein der genannte Brunnen sei damals nicht mitverkauft worden, und deßhalb seien auch die daherigen Nachgrabungsrechte, wie sie im Kaufvertrage vom 1. März 1771 beschrieben seien, nicht auf ihn übergegangen.

Sollte aber das Gericht annehmen, es habe eine stillschweigende Uebertragung des Eigenthumsrechtes an jenem Brunnen durch die Erwerbung des Eichiheimwesens stattgefunden, so habe derselbe zur Hausmatte desselben gehört und nicht zur Moosmatte, und komme daher bei diesem Streite nicht in Betracht. Diese Moosmatte sei 1820 dem Christen Moser zugefertigt worden mit der Anzeige, „dazu diene Wässerungsrecht nach alter Uebung"; dieses letztere habe jedoch, in keinem Zusammenhang gestanden mit dem Brunnen, den Hans Kiener im Jahr 1871 gekauft, und stehe auch in keinem Zusammenhang mit demjenigen, den der Beklagte jetzt erworben. Wäre übrigens das Wässerungsrecht jemals zur Existenz gekommen, so sei es seither wieder erloschen, denn nicht nur habe Kläger dasselbe seit 10 Jahren nicht mehr ausgeübt, sondern durch Trockenlegung seiner Moosmatte die Ausübung für die Zukunft unmöglich gemacht, und dem Peter Lehmann die Erklärung abgegeben, daß er auf sein Wässerungsrecht Verzicht leiste. Seither habe Lehmann sein Land ebenfalls trocken gelegt und befinde sich seither im ungestörten und ungehinderten redlichen Besitz der Freiheit seines Eigenthumes.

Da der Kläger im Laufe des Prozesses seinen Anspruch auf das Abwasser des in der klägerischen Hausmatte entspringenden Brunnens fallen ließ, so wird auf die gegen denselben erhobenen Einwendungen keine Rücksicht mehr genommen.

Mit Bezug auf das zweite Rechtsbegehren betreffend Verletzung der angeblichen Dienstbarkeitsrechte des Klägers durch den Beklagten, bestritt letzterer die Existenz solcher Rechte und eventuell die behauptete Störung. Das Wasser, welches er von Peter Lehmann erworben, habe bis dahin als eigentliche Quelle gar nicht existirt, sondern nur dazu gedient, einen Theil der Hausmatte zu versumpfen. Gerade deßhalb habe ihm Lehmann das Wasser verkauft. In dem Nachschlagungszeugnisse der Amtschreiberei Konolfingen vom 21. Oktober 1873 werde ausdrücklich constatirt, „daß das hier verkaufte Wasser bis dahin in den Grundbüchern als selbständiges Obkekt nirgends figurirte und somit weder Gegenstand von Pfandrechten noch Dienstbar-

Digitized by Google

keiten sein konnte." Aus diesem Grunde sei ihm dasselbe ohne irgend welche dingliche Last eigenthümlich zugefertigt und hiedurch, sowie durch die Eintragung in das Grundbuch sei er unbeschränkter Eigenthümer des Wassers geworden. Im Herbst 1873 habe er nun dasselbe gesammelt und trotz der Anlage von zwei Akten habe sich dasjenige Wasser, worauf der Kläger Anspruch zu haben behaupte, in keiner Weise vermindert und somit sei er auch in seinen Rechten nicht verletzt worden.

Zu Klarstellung der thatsächlichen Frage, ob das im Kaufbrief von 1771 erwähnte Wasserrecht identisch sei mit dem von dem Kläger in Anspruch genommenen, wurde ein richterlicher Augenschein unter Zuziehung von Experten abgehalten, und sodann mit Umgehung des Amtsgerichts die Streitsache dem Appellations- und Cassationshofe zur Beurtheilung vorgelegt. Derselbe sprach dem Kläger seine Eingangs erwähnten drei Rechtsbegehren, soweit sie noch streitig waren, zu, unter Annahme folgender

Motive:

Daß in dem Kaufvertrag zwischen Hans Kiener und Niklaus Boßhardt im Jahr 1771 der Letztere dem Ersteren verkauft hat: einen Brunnen, in sein, des Verkäufers Moosmatten in gedachter Hohlen, 70' weit obenher der Eichigassen, allwo dieser Brunnen wirklich in eine Brunnstuben, durch zwei besondere Akten, deren die zur rechten Hand 26' und die zur linken 85' weit von der Brunnstuben in die Matten geht, — eingeleitet sich befindet — mit der Bestimmung, daß der Käufer diesen Brunnen nach seinem Belieben über die Gassen hin über sein Erdreich leiten und nutzen könne;

daß in den spätern Handänderungsverträgen vom Jahr 1792 und 1794 sich die Bestimmung hinsichtlich des Brunnens in der Weise vorfindet, daß auf den erstangeführten Kauf von 1771 verwiesen wird;

daß nun zwar im Steigerungskauf zwischen den Geldsverordneten im Geltstage des letzten Käufers Samuel Rüfenacht und Christian Mäusli vom Jahr 1800, soweit der Kaufakt im Geltagsprotokoll angeführt erscheint, dieses Brunnens nicht Erwähnung geschieht, daß aber dessen ungeachtet angenommen werden muß, es sei auch dieses Brunnenrecht mitverkauft worden, da Rüfenacht dasselbe 1794 und 1795 erworben hatte, und die Liegenschaft, wie er sie erworben, auch zur geltstaglichen Ver-

Digitized by Google

steigerung gelangt ist, wie aus dem Geltstagsprotokoll hervorgeht;

daß in den folgenden Handänderungsverträgen um das Stück Moos untenher der Leimen bis und mit dem Kaufvertrag vom 24. Januar 1852, durch welchen der Kläger in das Eigenthum der Moosmatte gelangt ist, nun blos von einem Wässerungsrecht nach alter Uebung gesprochen wird, daß aber unter dieser Bezeichnung gerade jenes, ursprünglich als „Brunnen" benannte Recht verstanden war und verstanden werden muß, ergiebt sich aus folgenden durch die Beweisführung ermittelten Thatsachen:

a. der Augenschein constatirte, daß der heutige Zustand der Wasserzuleitungen und die Stelle, auf welcher nach den Angaben des Klägers sich der sogenannte Brunnen befunden haben soll, mit der Beschreibung und den Distanzen, wie sie im Kauf vom Jahr 1771 angegeben sind, übereinstimmen;

b. auch der von Aebersold vorgewiesene alte Wassertrog stimmt in seinen Einschnitte mit den noch heute vorhandenen Ein- und Ausläufen des Wassers überein;

c. wenn auch diese Thatsachen noch kein entscheidendes Ergebniß liefern, so tritt nun das Resultat des Zeugenbeweises in ergänzender Weise hinzu; durch die Aussagen des Johann Aeschlimann, des Christian Liechti, des Johann Christener, des Samuel Mäusli u. A. m. wird nachgewiesen, daß Aebersold und seine Vorbesitzer das von ihm in Anspruch genommene Brunnen- oder Wasserrecht seit Menschengedenken und bis in die jüngste Zeit und jedenfalls bis zur Trockenlegung der Moosmatte um das Jahr 1869 herum, ungehindert benutzt haben. Es kann daher nach dem Gesammtergebniß des Beweises nicht mehr als zweifelhaft erscheinen, daß es sich in den verschiedenen Erwerbungsurkunden immer um die gleiche Wasserberechtigung gehandelt hat;

daß nach den bisherigen Ergebnissen die berechtigten Ansprüche des Klägers Aebersold sich auf die beiden Wasserzuleitungen — Akten — wie sie im Kaufvertrag von 1771 des Nähern beschrieben und im Grundplan der Oberexperten mit q. q. und Q. Q. bezeichnet sind, beziehen;

daß ein Verzicht des Klägers auf seine Wasserberechtigung nicht vorliegt, — indem der Kläger in seiner Abhörung zu Art. 108 jede solche Erklärung in Abrede stellt;

Digitized by Google

daß nun die von dem Beklagten zum Zwecke der Wasserzuleitung zu seinem projektirten Hausbrunnen eingelegten Drainstränge nach den beim Oberaugenschein angeordneten Nachgrabungen die Wasserzuleitung des Aebersold — nach den Titeln diejenige linker Hand und nach dem Plan der Oberexperten die mit Q. Q. bezeichnet — berühren und an dieselbe anschließen;

daß sowohl nach dem Resultat des Oberaugenscheins, als auch nach dem Expertenbefund, dem Kläger das durch die alte Akte von Nordwesten her zufließende Quellwasser von den an dieselbe angefügten Drainröhren des Beklagten aufgenommen und dem bisherigen Lauf entzogen wird, sobald der Beklagte seine projektirte Wasserleitung in der begonnenen Weise zur Ausführung bringt;

daß, abgesehen davon, ob die in die Grundstücke des Klägers abfließende Brunnquelle innerhalb des Gebietes, in welchem der Beklagte durch den Kaufvertrag mit Peter Lehmann das Wasser erworben hat, liegt, dieser, der Beklagte, jedenfalls nicht berechtigt ist, sich dasjenige Wasser zuzueignen, was als durch den Kläger längst wohl erworben und ihm angehörend angesehen werden muß und durch die beiden mehrerwähnten sogenannten Akten Q. Q. und q. q. des Grundplanes der Oberexperten ihm zugeführt wird;

daß der Kläger nach der in der Verhandlung vom 5. März 1875 abgegebenen Erklärung eine weiter gehende Berechtigung nicht in Anspruch nimmt.

Bemerkung. In seiner Hauptvertheidigung machte der Beklagte geltend, nur diejenigen Dienstbarkeiten seien als zugefertigt anzusehen, unter deren Vorbehalt das dienende Grundstück dem Eigenthümer desselben zugefertigt worden sei. Da diese Ansicht eine sehr verbreitete zu sein scheint, so mag es am Orte sein, auf die Unrichtigkeit derselben aufmerksam zu machen.

Das dingliche Dienstbarkeitsrecht wird durch die Zufertigung erworben (S. 449), d. h. dadurch, daß das Recht dem Erwerber zugefertigt wird. Ein Dienstbarkeitsrecht ist somit dann gesetzlich zugefertigt, wenn es dem Eigenthümer des herrschenden Grundstückes zugefertigt ist.

Ausnahmsweise liegt eine genügende Zufertigung auch darin, daß das dienende Grundstück dem Eigenthümer desselben unter Vorbehalt der Servitut zugefertigt wird. In diesem Vorbehalt liegt eine Anerkennung des Rechtes eines Dritten, auch wenn in dem Titel desselben hievon keine Erwähnung geschieht.

Digitized by Google

Ferner wird eine Dienstbarkeit auch dann als zugefertigt angesehen, wenn dem Berechtigten zwar nicht die Servitut selbst, sondern nur die in die Augen fallenden Merkmale derselben zugefertigt worden sind. Die Uebertragung der äußeren Anlagen und ihr Besitz gilt als Uebertragung und Besitz des Rechtes selbst. Es sind dieß aber Ausnahmen von der Regel, daß das Recht dem Berechtigten zugefertigt werden müsse, und die oft gehörte Behauptung, daß bei Servituten die Zufertigung darin bestehe, daß dem Berechtigten die Merkmale zugefertigt werden oder daß die Zufertigung des dienenden Grundstückes an den Eigenthümer unter Vorbehalt der Servitut erfolgen müsse, entbehrt jeder Begründung.

In diesem Sinne hat auch der Appellations- und Cassationshof unterm 13. Juni 1866 entschieden — Manual 70, S. 65 — durch Annahme folgenden Motives:

„Daß der Umstand, daß derselben in den Erwerbstiteln der seitherigen Eigenthümer des dienenden Grundstücks keine Erwähnung gethan wird, an dem bestehenden Rechte eines Dritten nichts ändern kann, indem der S. 451 C., wenn die Errichtung neuer Servituten überhaupt noch möglich sein soll, eine andere Auslegung nicht gegeben werden kann, als daß sie die eine Erwerbungsart speziell hervorhebt, ohne dadurch andere den gesetzlichen Bedingungen entsprechende auszuschließen."

Bei dem Anlaß wollen wir noch eine zweite Frage berühren, die wichtig genug ist, um besprochen zu werden.

Seit dem 1. April 1828 können Dienstbarkeiten nur noch durch Zufertigung erworben werden, und das Gesetz unterscheidet nicht zwischen Dienstbarkeiten, welche neu constituirt werden und solchen, die bereits vor dem 1. April 1828 durch Verjährung erworben worden waren. Wird daher ein herrschendes Grundstück sammt den damit verbundenen Dienstbarkeitsrechten übertragen, so müssen dem Erwerber sowohl das Eigenthum an der erworbenen Sache, als die Dienstbarkeitsrechte an einer fremden Sache zugefertigt werden, wobei es jedoch genügt, wenn der Vertrag, welcher der Fertigungsbehörde vorgelegt wird, die Angabe der Servitut enthält.

Wenn aber bei einer Handänderung einer vor dem 1. April 1828 erworbenen, aber nicht zugefertigten Servitut keine Erwähnung geschieht, so kann sie nach der bestehenden Gesetzgebung nicht als übertragen und erworben angesehen werden. Z. B. der Eigenthümer eines Grundstückes hat durch zehnjährige Ausübung vor besagtem Zeitraum ein Wegrecht über das nachbarliche

Digitized by Google

Grundstück erworben, so wird sein Recht auch nach Einführung der gegenwärtigen Gesetzgebung anerkannt, und er kann dasselbe unzweifelhaft auf einen dritten Erwerber des herrschenden Grundstückes übertragen. Allein derselbe kann die Servitut nur erwerben, wenn sie ihm übertragen und zugefertigt wird, und er erwirbt sie nicht durch die bloße Erwerbung des herrschenden Grundstückes, wenn sie in dem Veräußerungsvertrag nicht erwähnt worden ist. Dem Veräußerer steht es frei, sein Grundstück mit oder ohne Dienstbarkeiten zu übertragen und der Erwerber kann nur diejenigen Rechte geltend machen, welche ihm übertragen worden sind. In dem Vorbericht zu dem revidirten Entwurf eines Civilgesetzbuches spricht daher Herr Prof. Sam. Schnell zu Satz. 455 und 456 die Erwartung aus, daß nach Ablauf von 30 Jahren die Prozesse über Dienstbarkeiten beinahe ganz aufhören werden, weil binnen dieses Zeitraumes in der Regel alle Grundstücke Hand ändern. Diese Erwartung konnte nur dann ausgesprochen werden, wenn der Gesetzesredactor annahm, daß bei einer Handänderung der Erwerber des Grundstückes die damit verbundenen Servituten nur dann erwerbe, wenn sie ihm zugefertigt worden seien, daß er somit den unzugefertigten Besitz seines Vorgängers nicht in der nämlichen Weise fortzusetzen vermöge.

Auch der Appellations- und Cassationshof hat diese Auffassung als die richtige anerkannt, obschon bei der Unsicherheit seiner Entscheidungen von einer Praxis nicht gesprochen werden kann.

Der Fall war folgender: Gautschi benutzte einen Ablagerungsplatz mit Berufung auf eine Servitut, welche der Eigenthümer des Platzes bestritt. Seine Negatorienklage wurde zugesprochen unter Annahme folgender Motive:

Daß in dem Erwerbtitel des Gautschi keines Dienstbarkeitsrechtes Erwähnung geschieht, vermöge welches der Erwerber berechtigt wäre, das betreffende Landstücklein zur Anlegung eines Düngerhaufens oder zur Ablagerung anderer Gegenstände zu benutzen.

Daß Gautschi das Eigenthum oder das Dienstbarkeitsrecht ebensowenig durch Verjährung erworben haben kann, indem seine Benutzung erst im Jahre 1844 begonnen, also nicht 10 Jahre gedauert hat, er den Besitz auch nicht in Folge einer gerichtlichen Zufertigung ausübte (S. 1030 C.).

Daß angenommen auch, es hätte der Vorbesitzer des Gautschi durch eine Benutzung des streitigen Raumes vom Jahre 1814

Digitized by Google

hinweg während vollen 10 Jahren nach den früheren Gesetzen eine Dienstbarkeit durch Verjährung erworben, er dieselbe jedenfalls dem Gautschi nicht verkauft und übertragen, sondern im Gegentheil als angerufener Zeuge deponirt hat, es sei bei Verkauf des Heimwesens an Gautschi von einem Recht zur Benutzung der Schorgrube, das dem Gautschi als nunmehrigem Besitzer des Heimwesens zustehe, gar nicht geredet worden (26. September 1853).

Es leuchtet ein, daß darauf nichts ankommen kann, ob bei dem Verkaufe des Heimwesens von der Dienstbarkeit gesprochen worden sei oder nicht, sondern nur darauf, ob sie übertragen worden sei oder nicht. Wird sie nicht angegeben, so wird sie von dem Berechtigten auch nicht übertragen, wobei der Grund, weßhalb dieß nicht geschieht, gleichgültig ist. Die Hauptsache ist, daß eine Servitut, welche vor dem 1. April 1828 erworben und deren Besitz seither ohne Zufertigung ausgeübt wurde, nur durch Zufertigung von einem Dritten erworben werden kann. Bei vorkommenden Handänderungen müssen daher bestehende Dienstbarkeiten in den Veräußerungsverträgen erwähnt, auf den Erwerber übertragen und ihm zugefertigt werden. Nur unter dieser Voraussetzung ist er mit Bezug auf dieselben als Rechtsnachfolger des Veräußerers anzusehen, und nur unter dieser Bedingung ist es möglich, sich über die Belastungen eines Grundstückes genaue und vollständige Sicherheit und Gewißheit zu verschaffen.

Leider hat unser Gesetzgeber es versäumt, die Consequenzen seiner Vorschriften klar und deutlich auszusprechen, oder eine Frist zu bestimmen, binnen welcher die Eintragung in die Grundbücher stattzufinden habe, wie dieß das zürcherische Gesetzbuch in § 693 vorsorglich gethan hat. K.

54) Die abliefernde Eisenbahn haftet nur nach Maßgabe des direkten Frachtbriefes und hat daher nicht einzustehen für Fehler solcher Bahnen, in deren Rechte und Verpflichtungen sie nicht durch Uebernahme des Frachtbriefes eingetreten ist.

G. Rubin gegen Westschweizerische Bahnen.
(16. November 1876.)

Motive:

Die Klage stützt sich in faktischer Beziehung auf einen angeblich am 18. Juli 1874 zwischen Hippolyte Marcel zu

Digitized by Google

Beziers (Hérault) und der Eisenbahn in Cette (ville) abgeschlossenen Frachtvertrag, welcher nicht rechtzeitig ausgeführt, resp. erfüllt worden sei. Die Legitimation des Klägers — Destinatär — und der Beklagten — Vertreterin der abliefernden Eisenbahn — werden hergeleitet aus dem Grundsatz der sogen. Solidarität aller bei einem Transport betheiligten Bahnen, laut welchem der Destinatär auch dem schuldlosen letzten Frachtführer gegenüber ein Klagrecht besitzt, vorbehältlich des Rückgriffsrechts des Letztern auf die vorangehenden Frachtführer.

Da nun die reglementare Lieferfrist von Cette nach Genf unter Hinzurechnung von 5 Tagen infolge der nachgewiesenermaßen ausbedungenen Anwendung des reduzirten Frachtsatzes (tarif spécial Nr. 13 und 14) nach Bern 17 beträgt und die Sendung erst am 9. August 1874 dem Adressaten angeboten wurde, so würde im Falle der Richtigkeit der übrigen Klagsanbringen allerdings eine Ueberschreitung derselben um 4 Tage vorliegen.

Allein aus der Abhörung der in Cette und Beziers wohnenden Zeugen, dem Original-Frachtbrief, den übrigen Urkunden und dem Gutachten des Sachverständigen ergiebt sich als unzweifelhaft, daß die Aufgabe der Waare in Cette zum Transport durch die P.-L.-M.-Bahn erst am 28. Juli erfolgte; — daß das vom Versender dem Kläger übersandte Récépissé d. d. 18. Juli nicht in Cette, sondern auf einer Station einer Localbahngesellschaft (Compagnie des chemins de fer d'intérêt local de Hérault) ausgestellt wurde und daß die Waare vom 18. bis 28. Juli im Besitze dieser Bahn, beziehungsweise ihres Agenten in Cette, Hrn. Marius Grenier, sich befunden haben muß.

Da nun der Fehler weder auf dem Netz der schweiz. Westbahnen, noch auf demjenigen der P.-L.-M.-Bahn stattgefunden hat, indem der Transport Cette-Bern nur eilf Tage in Anspruch nahm, so ließe sich bloß noch fragen, ob, wie der Experte und das erstinstanzliche Gericht gethan haben, auf die von Parteien und namentlich vom Kläger nicht aktenkundig gemachte, aber aus den Zeugenaussagen u. s. w. resultirende Thatsache Rücksicht genommen werden soll, daß eine Säumniß der hinter Cette liegenden Bahnstrecke der Compagnie de l'Hérault stattgefunden habe. — Allein abgesehen von den einem solchen Verfahren entgegenstehenden processualischen Hindernissen (§ 296 P.) würde Beklagte mit Recht ihre Haftbarkeit für diese Bahn bestreiten, indem sie die Waare mit Frachtbrief von Cette übernommen und ein direkter Verkehr zwischen ihr und jenen

Digitized by Google

Localbahnen nicht zu bestehen scheint, da letztere sich zur Vermittlung mit der P.-L.-M.-Bahn eines Commissionärs (Grenier) bedienen.

55) Ein nachträglich entdecktes oder zur Hand gebrachtes Beweismittel kann nicht unter verschiedenen Malen zum Beweise verschiedener Thatsachen angerufen werden, sondern ist gleichzeitig zu allen anzuführen.

Berthoud gegen Bank von Montreux.

(17. November 1876.)

Motive:

Daß Berthoud im Termin vom 26. Juni 1876 erklärt hat, er rufe zu Art. 12 der Klage nachträglich als Gegenbeweismittel an, das am 19. gleichen Monats vom Gericht in Lausanne ausgefällte Urtheil und sei bereit, zu beschwören, daß er dasselbe erst seit dem Beweisführungstermine entdeckt habe oder zur Hand bringen konnte;

daß damals der Bevollmächtigte des Berthoud die Ausfertigung des Urtheils nicht besaß, daß aber der Letztere bei Ausfällung desselben anwesend war und daß ihm dasselbe eröffnet wurde;

daß Berthoud beim folgenden Termine vom 10. Juli das gleiche Urtheil noch zu andern Artikeln nachträglich als Gegenbeweismittel produciren will, alles in Gemäßheit des § 169, Ziffer 2 P.;

daß er nun allerdings beschwören könnte, er habe dieses Beweismittel vor dem ordentlichen Beweisführungstermine nicht gekannt, oder nicht zur Hand bringen können, daß er aber dasselbe im Termin vom 26. Juni wohl kannte, indem er es sonst nicht zu einem andern Artikel anführen konnte, und daß es unmöglich in dem Ermessen einer Partei liegen kann, ein nachträglich zur Hand gebrachtes Beweismittel im gleichen Proceß unter verschiedenen Malen anzurufen, daß vielmehr angenommen werden muß, es verhalte sich hiemit, wie mit allen andern Beweismitteln, daß diese nämlich ordentlicher Weise in einem Male geltend gemacht werden sollen.

Digitized by Google

56) Einspruchsklage. Nichtvorladung angeblich Betheiligter berechtigt nicht zu einer uneinläßlichen Antwort.*) Anweisung auf unversteigerte Vermögensgegenstände ist datio in solutum, wenn keine Ausschlagung erfolgt. Zinsforderung zu berechnen bis zum Inkrafttreten des Classifications- und Vertheilungsentwurfes.

Eidg. Bank und Mith. gegen Wyttenbach und Mith.
(16. November 1876.)

Im Jahr 1873 nahm Frau Sophie von Erlach bei der eidg. Bank ein Darlehn auf von Fr. 600,000 und verpfändete ihre im Gemeindsbezirk Spiez gelegenen Immobilien. Nach ihrem Tode wurde über ihren Erben Ferdinand von Erlach von Spiez der Geltstag verhängt und da die Liegenschaften keinen Käufer fanden, so wurden die sämmtlichen Gläubiger mit Inbegriff der Pfandgläubiger auf unversteigert gebliebene Immobilien und Mobilien gewiesen.

Die eidg. Bank wollte sich mit dieser Anweisung nicht begnügen, sondern verlangte für sich und ihre Mithaften für ihre Forderung verhältnißmäßig auch auf anderes sicheres Massavermögen, insbesondere auf Baarschaft im Range der Generalität angewiesen zu werden. Statt dessen sei sie nur angewiesen worden auf die unversteigerten Liegenschaften im Schatzungswerthe von Fr. 850,970 auf die sogen. Culturerträgnisse der Liegenschaften pro 1875, wobei der Zins bloß bis zum Ablauf der Eingabsfrist, statt bis zum Schlusse der Liquidation berechnet und angewiesen worden sei.

In Folge dessen trat die eidg. Bank für sich und Mith. mit folgenden Einspruchsbegehren auf:

1. Es sei bei der Ansprache der eidg. Bank und Mith. im von Erlach'schen Geltstage der Zins bis zum Abschluß der Liquidation, resp. bis zu dem durch den Richter zu bestimmenden Zeitpunkt mitzuberechnen und dafür eine entsprechende Anweisung zu ertheilen.

2. Es sei für die Ansprache der Kläger, statt ausschließlich in der III. Classe auf unversteigerte Liegenschaften und sogen. Culturerträgnisse auch im Range der Generalität, und zwar in Classe V nach dem Datum der Begründung eine verhältniß-

*) Siehe Bd. XII, Seite 310 ff.

Digitized by Google

mäßige Anweisung auf anderes Vermögen, nämlich auf Baarschaft und unversteigerte Beweglichkeiten zu ertheilen.

3. Es sei für den auf unversteigerte Früchte und Effekten angewiesenen Theil der Ansprache eine Anweisung auf anderes Massavermögen zu ertheilen.

4. Es sei demgemäß der Classifications- und Vertheilungsentwurf abzuändern.

Zu Begründung wurde namentlich angebracht: nach S. 488 C. habe der Pfandgläubiger die Wahl, sein persönliches Recht gegen den Schuldner oder sein dingliches Recht auf die Pfandsache geltend zu machen, und wenn er auf die eine oder andere Art nicht zur vollständigen Zahlung gelange, sich durch die andere dazu zu verhelfen. Da nun die Kläger durch eine Anweisung auf unversteigerte Liegenschaften an sich noch keine vollständige Befriedigung erhalten haben, d. h. eine solche Anweisung der Zahlung nicht gleich zu achten sei, und endlich bei dieser Anweisung der Werth der Pfänder nicht ausgemittelt (§ 584 a. V.-V.) sei, seien die Gläubiger auch im Range der Generalität zu einer verhältnißmäßigen Anweisung auf anderes Massavermögen, nämlich Baarschaft und unversteigerte Beweglichkeiten berechtigt, in dem Sinne, daß dann die erhaltene Anweisung auf die Liegenschaften um so viel zu reduziren sei, als diejenige auf Geld und Beweglichkeiten betrage.

Die vorgeladenen Einspruchsbeklagten erhoben vorerst eine peremtorische Einrede.

Es seien die Einspruchsbeklagten von den klägerischen Ansprüchen ohne Rücksicht auf ihre ursprüngliche Begründetheit definitiv zu befreien.

Nach § 594 V.-V. habe der Einspruchskläger alle Betheiligten binnen der Nothfrist von 30 Tagen zur Beurtheilung des daherigen Streites vorzuladen, und als solche seien alle diejenigen angewiesenen Gläubiger anzusehen, deren Forderung oder Rangordnung im Falle des Zuspruchs des Einspruchsbegehrens berührt werde.

Die Kläger verlangen nun:

1. Anweisung für eine größere Forderung und

2. verhältnißmäßige Anweisung nicht in der III., sondern nach dem Datum der Forderung in der V. Classe auf anderes Vermögen, nämlich auf Baarschaft und unversteigerte Beweglichkeiten; sie wollen also namentlich auf dasjenige Vermögen angewiesen werden, auf welches die Gläubiger in der Classe V an-

Digitized by Google

gewiesen seien, deren Forderungen jüngeren Datums seien, als die ihrigen. Als solche Gläubiger scheinen nun die Herren ..... und da dieselben nicht vorgeladen worden seien, so sei der klägerische Anspruch ersessen.

Mit Bezug auf den geforderten Zins machten die Beklagten geltend, es sei von den Klägern an Marchzins nur gefordert worden derjenige vom 1. Juli 1875 bis 24. gleichen Monats, d. h. bis zu Auslauf der Eingabsfrist. Eine Unterlassung, die Eingabe für eine weitere Zinsforderung zu machen, sei als Verzicht auf die Mitberechtigung des säumigen Gläubigers an die dermalige Vermögensmasse des Schuldners auszulegen (§ 578 V.-V.), da auch im Liquidationsverfahren der Grundsatz gelte, daß einer Partei nicht mehr zugesprochen werden dürfe, als sie fordere.

Gegenüber dem zweiten Rechtsbegehren machten die Beklagten geltend: Die Kläger hätten für ihre Gesammtforderung Anweisung verlangt in Classe III, ohne ein weiteres Vorrecht in Anspruch zu nehmen. Da sie nun eine Anweisung in dieser Classe erhalten haben, so sei ihrem Begehren in vollem Maße entsprochen worden. Auch abgesehen hievon sei die Verweisung der Forderung der Kläger in Classe III vollständig begründet, da nach § 581 V.-V. die Gläubiger, welche für ihre Forderungen Pfandrechte besitzen, zunächst auf ihre Pfänder angewiesen werden sollen, und zwar bis zur Erschöpfung des Werthes der Pfandsache, welcher sich nach dem Steuerkataster bestimmt. Nun betrage die Grundsteuerschatzung des Unterpfandes Fr. 850,970, welcher Werth durch die klägerische Forderung nicht erschöpft sei.

Endlich sei noch zur Stunde nicht ausgemittelt, daß die Kläger durch die erhaltene Anweisung nicht zur Bezahlung gelangen. Sei dieß einmal erwiesen, so könnten sie ihr persönliches Recht gegen den Schuldner geltend machen, allein immer nur gegen ihn und nicht auch gegen dritte Personen, wie es im gegenwärtigen Einspruchsprozesse geschehen sei — S. 488 C.

Replicando brachten die Kläger an, sie hätten kaum annehmen können, daß die Liquidation nicht innert der ordentlichen Frist zu Ende geführt werde, sie seien daher nicht in der Lage gewesen, den Zins über die festgesetzte Eingabsfrist hinaus zu berechnen. Von einem Verzicht könne daher nicht die Rede sein. Zudem bringe die Geltstagsliquidation, als ein amtliches Verfahren, es mit sich, daß die Liquidationsbehörde von Amtes wegen die Interessen der Gläubiger in denen Fällen zu wahren habe, wo die Rechtsstellung derselben durch die eigenen Verfügungen der Behörde (hier Verlängerung der Liquidation) ver-

Digitized by Google

ändert werde. Die Bemerkung in der Eingabe, daß ein Pfandrecht in Anspruch genommen werde, bilde keinen wesentlichen Bestandtheil derselben, seitdem die hierauf bezügliche Bestimmung bei der Revision des Vollziehungsverfahrens gestrichen worden sei.

Verneint werde, daß der Werth der Pfandsache in der Regel durch den Steuerkataster bestimmt werde, vielmehr sei der Erlös entscheidend, was schon daraus hervorgehe, daß auch der Mehrerlös über die Schatzung hinaus den Pfandgläubigern bis zur vollständigen Deckung verhaftet sei. Was endlich die Unterlassung anbelange, gewisse Gläubiger vorzuladen, so begründe dieselbe nicht eine peremtorische Einrede, sondern höchstens das Recht der Adcitation, oder das Recht, auf einläßliche Abweisung anzutragen, soweit es die Forderungen der nicht geladenen Gläubiger betreffe.

Die Streitfragen wurden mit Umgehung des Amtsgerichtes zur oberinstanzlichen Entscheidung gebracht. Der Appellations- und Cassationshof beurtheilte dieselben am 17. November 1876. Die peremtorische Einrede der Beklagten wurde abgewiesen unter Annahme folgender

Motive:

Betreffend die peremtorische Einrede:

Dieselbe beruht auf der Behauptung, die Kläger hätten nicht binnen der in § 541 vgl. 481 V.-V. vorgeschriebenen Frist alle betheiligten Personen zur Verhandlung im gegenwärtigen Rechtsstreit vorgeladen, sie hätten also nicht rechtzeitig alles dasjenige gethan, was zur Einleitung eines gehörigen Einspruchsprozesses erforderlich sei, mithin sei ihr Klagrecht verwirkt, resp. „ersessen". Als solche Personen, die als „Betheiligte" hätten vorgeladen werden sollen, sind von Beklagten bezeichnet: Fürsprech Bischoff in Thun, Fürsprech Gygax in Bern, Fürsprech Christen in Wimmis und Amtsnotar Spring daselbst.

Allein abgesehen von der allerdings in mehreren Urtheilen der letzten Jahre (vgl. Zeitschrift VII, pag. 86, IX, pag. 118, 254, X, pag. 260, 262) bejahend entschiedenen Frage, ob ein solcher Einwand zu Stellung der uneinläßlichen Antwort berechtige, erhellt im vorliegenden Falle nicht, daß obgenannte Personen wirklich im Sinne des Gesetzes bei der Sache betheiligt seien, da es immerhin zweifelhaft erscheint, ob ihre Honorar- und Gebühren-Forderungen nicht ganz oder doch größtentheils ein älteres Datum beanspruchen können, als diejenigen der in

Digitized by Google

Classe V angewiesenen Beklagten, während dem größern Theil der Beklagten, die in Classe VI angewiesen sind, jedenfalls der fragliche Einwand in keiner Weise zusteht.

Dagegen wurden die Vorlader mit ihren zwei letzten Begehren ebenfalls abgewiesen, wogegen ihnen das erste insofern zugesprochen wurde, als Zins verlangt wurde bis zum Inkrafttreten des Classifications- und Vertheilungs-Entwurfes.

Motive:

Betreffend die Hauptsache:

a. Zum ersten Klagsbegehren:

An und für sich liegt weder nach dem Gesetze noch nach allgemeinen Grundsätzen ein Grund vor, den Zinsenlauf einer zinsbar stipulirten Forderung während des Geltstagsverfahrens, resp. bis und mit Inkrafttreten der Anweisung, als eingestellt zu erklären, es liegt vielmehr in der Natur der Sache, daß die Zinsen fortlaufen, bis Zahlung, resp. anerweitige Tilgung des Capitals erfolgt.

So hat denn auch die Amtsgerichtsschreiberei Bern einigen Gläubigern gegenüber faktisch und zu Gunsten der Einspruchskläger wenigstens grundsätzlich durch Verfügung vom 20. März 1876 das Recht auf Zinsen bis 31. März 1876 anerkannt und gewahrt. Allein letztere sollen diese Forderung erst bei Aufhebung des Miteigenthums an den Immobilien geltend machen dürfen, wogegen sie nun sofortige Anweisung verlangen.

Der Einwand, es hätten Kläger auf diese Zinsforderung dadurch verzichtet, daß sie dieselbe in ihrer Eingabe nicht ausdrücklich geltend gemacht und nur Zins bis zum Ablauf der Eingabefrist gefordert hätten, ist unstichhaltig, weil sie bei Abfassung der Eingabe nicht wissen konnten, wie lange die Liquidation sich hinziehen und wann der dereinstige Vertheilungsentwurf in Kraft treten werde, mithin auch ihre Marchzinsforderrng nicht in bestimmten Zahlen ausdrücken konnten. Eine Säumniß im Sinne des § 578 V.-V. liegt nicht vor.

b. Zum zweiten Klagsbegehren:

Kläger beschweren sich über die ausschließliche Anweisung ihrer Pfandobligationsforderung von Fr. 559,632 in Classe III auf die unversteigerten Immobilien, Schloßbesitzung Spiez und Hotel Spiezerhof, im Grundsteuerwerthe von Fr. 850,970 im

Digitized by Google

2. Rang mit einem Vorgang von ca. Fr. 90,000, und behaupten, nach dem ihrem Forderungstitel zukommenden Obligationsrang und Satzung 488 C. auch auf das in der Masse befindliche anderweitige Vermögen, Baarschaft (ca. Fr. 40,000) und unversteigerte Beweglichkeiten (ca. Fr. 93,000), welches sichere Deckung biete, Anspruch machen zu können.

Allein Satz. 488 C., wie auch die beigefügte Anmerkung des Redaktors, Professor Schnell, besagt nichts anderes, als was in der Natur der Sache liegt, daß nämlich „durch Geltendmachung „des Pfandrechts im Fall der Insufficienz des Pfandes die über„schüssige, ungedeckte Forderung nicht verloren geht, wie umge„kehrt eine Betreibung gegen die Person des Schuldners nicht „als ein Verzicht auf das Pfandrecht auszulegen sei". Sie redet also zunächst gar nicht von dem Falle der Concurrenz sämmtlicher Gläubiger, sondern von dem Verhältniß eines einzelnen Pfandgläubigers zum Schuldner.

Hievon abgesehen könnten aber Kläger sich auf diese Satzung immerhin erst dann berufen, wenn sie nachgewiesen hätten, daß das Grundpfand, auf welches sie angewiesen sind, zur Deckung ihrer Forderung nicht hinreicht. Diesen Beweis haben sie nicht angetreten und unter obwaltenden Umständen auch nicht antreten können, denn:

a. nach § 584 V.-V. sind in Classe III vorerst anzuweisen: „Die Forderungen, welche ein Pfandrecht auf Gegenstände „besitzen, die zu der Masse gehören und zwar bis zur Er„schöpfung des Werthes der Pfandsache";

b. unter dem „Werthe der Pfandsache" ist hier, sofern es sich um versteigerte Sachen handelt, der Erlös, welcher an der Geltstagssteigerung erzielt wurde, wenn aber um unversteigerte Sachen, der Schatzungswerth (§ 571), unter welchem die Sachen nicht hingegeben werden dürfen, — zu verstehen und dieß ist bei Liegenschaften nach § 518 ib. (auf welchen bei dem Verfahren in Geltstagssteigerungen, § 571 hingewiesen wird), vgl. 463 V.-V., die Schatzung des Steuerkatasters.

Nach § 589 sollen nun, im Falle, wo die Pfänder wegen Mangels an genügenden (d. h. die Schatzung erreichenden) Angeboten nicht veräußert werden können, die Gläubiger auf deren Schatzungswerth angewiesen werden, d. h. die Gegenstände werden ihnen als Eigenthum zugeschlagen, sie werden „Miteigenthümer derselben nach Maßgabe ihres Ranges und der Größe ihrer Forderungen." Dieser Zuschlag hat civilrechtlich den Charakter

Digitized by Google

einer Hingabe an Zahlungsstatt, welche für den Gläubiger verbindlich ist, insofern er nicht nach § 594 V.-V. innerhalb eines Jahres die Anweisung ausschlägt, und steht der Zahlung gleich (§ 597 V.-V.) — da nun im vorliegenden Falle die Grundsteuerschatzung der fraglichen Immobilien den Betrag der Hypotheken weit übersteigt, so kann von einer Insufficienz des Pfandes, von theilweisem Verluste der kläger'schen Forderung, zufolge der oben dargestellten, allerdings dem bern. Recht eigenen Fiktion, resp. Rechtsvermuthung, nicht die Rede sein, (vgl. auch schon Gerichtssatzung von 1761, Fol. 291, Satz. 19: „Wann aber an der „Steigerung Niemand über die Schatzung bieten wollte: so sollen „dann die Geldsverordneten ein jedes Stück, so wie es geschätzt „worden, den Gläubigern bezahlungsweise zusprechen").

Sollte nun auch die Grundsteuerschatzung im vorliegenden Falle den wirklichen Werth erheblich übersteigen oder aus andern Gründen bei der dereinstigen Aufhebung des Miteigenthums unter den Gläubigern ein derselben entsprechender Erlös nicht erzielt werden, so kann dieß auf das eigentliche Geltagsverfahren und die Collocation der Gläubiger nicht von Einfluß sein (vgl. Gesetz vom 25. April 1854 über Abänderung des Güterabtretungsverfahrens Art. 4). Uebrigens war der erste Uebelstand möglicherweise durch die Veranstaltung einer neuen Schatzung nach § 518 V.-V. zu beseitigen, jedenfalls aber von den Klägern bei der Gewährung ihres großen Hypothekardarlehens zu berücksichtigen.

Endlich ist zu bemerken, daß Kläger in ihrer Eingabe in dem von Erlach'schen Geltstag ausdrücklich Anweisung in Classe III verlangt und ausschließlich ihr Recht auf das Grundpfand geltend gemacht und in Anspruch genommen, mithin das nach ihrer Ansicht ihnen durch Satz. 488 C. eingeräumte Wahlrecht ausgeübt und konsumirt haben.

c. Zum dritten Klagsbegehren:

Richtig ist, daß in der Rubrik „unversteigerte Culturerträgnisse", auf welche die Kläger angewiesen sind, sich Gegenstände befinden, deren separate Versteigerung mit Schwierigkeiten verbunden sein dürfte, wie z. B. verschiedene Fässer „Eingepeize", „Dünger auf den Gütern", Futter", „Holzvorräthe".

Allein die oben ausgesprochenen Grundsätze finden auch hier ihre Anwendung und es ist nicht zu übersehen, daß diese Gegenstände als Früchte der verpfändeten Immobilien das natürlichste

Digitized by Google

und nächstliegende Aequivalent für die sub 1 den Klägern zugesprochene Zinsforderung pro 1875 bilden (Satz. 487 C.).

57) Beweisführung durch Sachverständige. Selbstständiger Gegenbeweis nicht zulässig. Zeugenladung ohne Angabe der Beweissätze erscheint als hinreichend, wenn die Zeugen vor ihrer Abhörung über den Gegenstand des Zeugnisses genau unterrichtet worden sind.

Erben Bertsche gegen N. Kaiser.

(18. November 1876.)

Anfangs der sechsziger Jahre wurde den Herren Leonhard von Muralt und Mith. die Bewilligung ertheilt behufs eines Fabrikbetriebes eine Schwelle in der Birs anzulegen, unter Vorbehalt von Drittmannsrechten und unter der Bedingung, daß durch ihre gewerblichen Anlagen das Flußbett der Birs weder erhöht noch oberhalb der projektirten Kanalmündung eine Stauung bewirkt werde. Im Jahre 1864 ging die Fabrike an Herrn Bertsche über, und als im Mai 1872 einzelne Ufergrundstücke durch Hochwasser der Birs gänzlich überschwemmt wurden, ließen die Eigenthümer derselben gegen Konrad Bertsche einen Beweis zum ewigen Gedächtniß durch Zeugen und Sachverständige anordnen. Durch das Gutachten der letztern wurde constatirt, „daß durch den Schwellenbau eine Stauung herbeigerufen wurde und bei dem letzten Uebertreten der Birs die Ueberschwemmung in Folge dieser Stauung um circa 1 Fuß höher getrieben worden ist". Der hiedurch entstandene Schaden wurde auf Fr. 425 geschätzt.

Hierauf gestützt traten nun die Kläger klagend auf und behaupteten, die fragliche Schwelle sei nicht concessionsgemäß erstellt worden, weßhalb der Beklagte den Klägern den erlittenen Schaden zu vergüten habe.

Als Beweismittel wurde zu mehreren Artikeln der Klage der Expertenbericht und das Zeugenabhörungsprotokoll angeführt.

In seiner Hauptvertheidigung bestritt der Beklagte, daß die Schwelle concessionswidrig erstellt worden und die Ueberschwemmung von 1872 eine Folge derselben sei. Jedenfalls sei die Schätzung des Schadens zu hoch gegriffen.

Digitized by Google

Zum Beweise des Gegentheiles rief der Beklagte Sachverständige an, und erhob mit Bezug auf das klägerischerseits angerufene Expertenbefinden folgende Beweiseinrede:

1. Es sei zu erkennen, das Befinden der Sachverständigen im Beweisverfahren zum ewigen Gedächtniß habe keine rechtliche Beweiskraft.

Mit Bezug auf das Abhörungsprotokoll der Zeugen erhob der Beklagte gleichfalls eine Einrede:

2. Es sei zu erkennen, die Aussagen der im Beweisverfahren zum ewigen Gedächtniß abgehörten Zeugen haben keine rechtliche Beweiskraft.

Zu Begründung dieser Beweiseinreden wurde angebracht:

Die Experten seien entgegen § 186 P. nicht durch den Richter allein, sondern durch denselben im Einverständnisse mit dem Kläger ernennt worden, und es haben dieselben einen Theil ihrer Verrichtungen auf Ort und Stelle ohne Beisein des Richters und der Parteien erfüllt. Ferner seien die Zeugen vorgeladen worden, ohne daß man ihnen die zu beweisenden Thatsachen in der Vorladung mitgetheilt habe. Auch seien sie entgegen § 189 P. nicht an Ort und Stelle abgehört worden.

In der Replik setzten die Kläger den Einreden des Beklagten folgende Einreden entgegen:

3. Es sei zu erkennen, die Beklagten seien nicht berechtigt, zum Beweise der Art. 49 und 50 neue Sachverständige anzurufen, und

4. Es sei gerichtlich zu erkennen, die Beklagten seien nicht berechtigt, Sachverständige und Zeugen zum Beweise der Behauptung in Art. 55 anzurufen.

Durch Anrufen dieser Beweismittel beabsichtige der Beklagte eine Expertise gegen eine Expertise in der nämlichen Instanz, was um so weniger statthaft sei, als die Gegenpartei an die ersten Sachverständigen Erläuterungsfragen gestellt und ihre Rechte gewahrt habe.

In dem Beweisentscheide wurde der Beklagte mit seinen beiden Einreden abgewiesen, während diejenigen der Kläger zugesprochen wurden.

Auf erfolgte Appellation des Beklagten wurde der Entscheid oberinstanzlich bestätigt, indessen gelangte die zweite klägerische Einrede nicht zur Beurtheilung, weil die zu beweisende Thatsache als unerheblich bezeichnet worden war.

Digitized by Google

Motive für Abweisung der ersten Einrede des Beklagten:

daß die Experten Greßly, Jermann und Meyer durch den Richter ernannt worden sind, wie der Art. 186 C.-P. es vorschreibt, und daß, wenn es im Protokoll heißt, die Ernennung sei im Einverständnisse mit den Impetranten erfolgt, dieser Zusatz einfach beweist, daß keine Einwendungen gegen die Wahl des Richters, sei es wegen Unfähigkeit, sei es aus einem anderen Grunde, erhoben worden ist;

daß am festgesetzten Termine die Sachverständigen den Streitgegenstand in Gegenwart des Richters und der Parteien untersucht haben; daß somit den Bestimmungen des Art. 189 C.-P. Genüge geleistet worden ist; daß das Gesetz den Experten nicht untersagt, eine neue Untersuchung einzig vorzunehmen, wenn sie eine solche behufs Erfüllung ihres Auftrages für nöthig erachten, und daß ihnen diese Befugniß durch den Art. 191 C.-P., welcher ihnen gestattet, das Protokoll über die Expertise erst später abzufassen, implicite eingeräumt wird.

Motive für Abweisung der zweiten Einrede der Beklagten:

daß zwar die den Zeugen angelegte Vorladung die artikulirte Angabe der zu beweisenden Thatsachen nicht enthielt; daß dieß jedoch keine wesentliche Förmlichkeit bildet, deren Mangel die Nichtigkeit der Beweisführung nach sich ziehen würde; daß es genügt, wenn die Zeugen vor ihrer Abhörung über den Gegenstand des Zeugnisses genau unterrichtet worden; daß in dieser Beziehung dem Gesetze Genüge geleistet wurde, indem beim Augenscheine den Zeugen von dem Gesuche um Beweisführung zum ewigen Gedächtniß Mittheilung gemacht wurde und der Richter sie in Kenntniß setzte, daß sie sich über den Zustand der Oertlichkeit vor und nach Erstellung des Schwellenbaues zu erklären hätten;

daß keine gesetzliche Bestimmung vorschreibt, der Richter habe die Zeugen auf Ort und Stelle abzuhören; daß ihm vielmehr in dieser Beziehung eine diskretionäre Gewalt zusteht (Art. 231 C.-P.) und zwar ohne daß er gehalten wäre, den Anträgen der Parteien zu entsprechen; daß übrigens die Zeugen

*) „Den Zeugen sind in der Ladung die Beweissätze, über welche ihre Abhörung verlangt wird, mitzutheilen" § 228 P. Diese Bestimmung gehört zu den wesentlichen und eine Ladung, welche nicht in Uebereinstimmung damit erlassen wird, ist eine ungesetzliche.

Digitized by Google

bei Vornahme der Vorkehr vom 1. Juli 1872 zugegen waren und die Verschiebung der Abhörung auf einen spätern Termin durch eine Ordnungsmaßnahme stattgefunden hat.

Motive für Zuspruch der ersten Einrede des Klägers:

daß zur Begründung ihrer in dem hängigen Streite angebrachten Behauptungen, die Kläger gestützt auf das ihnen gemäß Art. 179 C.-P. zustehende Recht, die Protokolle über die vor der Einleitung des Prozesses auf dem Wege der Beweisführung zum ewigen Gedächtnisse auf ihr Gesuch hin abgehaltene Expertise vorgelegt haben, bei welch' letzterer, wie bei dem Augenscheine der Beklagte mitgewirkt hat;

daß somit die genannte Expertise den nämlichen gesetzlichen Charakter erhalten hat, wie wenn sie im Laufe des Hauptverfahrens vorgenommen worden wäre (Art. 185, 194 C.-P.);

daß weder die Natur dieses Beweismittels, welches volle Beweiskraft besitzt und dessen Ergebniß eine durch den genannten Artikel 194 dem Richter auferlegte rechtliche Wahrheit bildet, noch die beständige Praxis der gerichtlichen Behörden auf allen Stufen der Rechtsprechung, es gestatten, daß im nämlichen Prozesse, zwischen den gleichen Parteien und über die nämlichen Thatsachen, wie dieß im gegenwärtigen Falle versucht wird, zwei von einander unabhängige Expertisen, deren ermittelte Thatsachen und faktische Urtheile, obwohl für die Gerichte gleichzeitig eine rechtliche Wahrheit bildend (Art. 194 C.-P.), einander diamentral entgegengesetzt sein könnten, als zulässig erklärt werden, aus dem Grunde, daß der Beklagte, statt die in der Klage aufgestellten positiven Thatsachen einfach zu verneinen, sie ein zweites Mal in seinen schriftlichen Anbringen verneinend artikulirt und zu ihrer Begründung eine neue Expertise angerufen hat;

daß je nach dem Stande des Prozesses es den Parteien anheimgestellt bleibt, seiner Zeit eine Oberexpertise vor dem Appellations- und Cassationshofe zu verlangen, wenn sie eine solche als in ihren Interessen liegend betrachten.

58) Der Eid kann über Thatsachen zu- oder zurückgeschoben werden, welche der Partei, welche denselben zu leisten hat, nicht persönlich bekannt sind. Art. 1362 Code civil ist daher durch das Gesetzbuch über das gerichtliche Ver-

Digitized by Google

fahren in bürgerlichen Rechtssachen außer Wirksamkeit gesetzt.

Kaiser gegen Scholer und Burger.

(18. November 1876.)

Zeitschrift XII, S. 343.

Motive:

daß gemäß dem Gesetzbuche über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen (Art. 250, 253, 260) der Eid zugeschoben oder zurückgeschoben werden kann, selbst über solche Thatsachen, die der Partei, welcher der Eid zugeschoben oder zurückgeschoben wird, nicht persönlich bekannt sind;

daß von dem Zeitpunkte der Promulgation dieses Gesetzes hinweg alle mit dem letztern im Widerspruche stehenden Bestimmungen außer Kraft getreten sind (vide Art. 2 in fine des Promulgationsdekrets vom 31. Juli 1847);

daß hinsichtlich der Beweisführung das Gesetz über das Prozeßverfahren, sofern es keinen Vorbehalt enthält, maßgebend ist;

daß somit der Art. 1362 des französischen Civilgesetzbuches seinen Wirkungen nach aufgehoben worden ist, was der Appellations- und Cassationshof in seinem Urtheile vom 17. Februar 1876 anerkannt hat (Geschäft Bauhofer-Cueni).

59) Kaufvertrag beim Wein abgeschlossen wegen mangelnder Einwilligung ungültig erklärt.

Friedrich gegen Rätz.

(25. November 1876.)

Bendicht Friedrich klagte gegen Johann Rätz aut Erfüllung eines Kaufvertrages betreffend 500 Wedelen zu 18 Centimen per Pfund, und behauptete, den daherigen Vertrag mit Rätz in gültiger Form abgeschlossen zu haben. Rätz habe dabei ausdrücklich erklärt, das Holz nach dem Gewicht kaufen zu wollen und die ihm gemachte Bemerkung, der angebotene Preis von 18 Cts. sei viel zu hoch, mit den Worten abgelehnt, das sei ihm gleichgültig und gehe Niemanden etwas an. Später habe Rätz jedoch den abgeschlossenen Vertrag nicht halten wollen, weßhalb er auf Erfüllung und eventuell auf Schadensersatz klage. In Folge dieses Kaufvertrages wurde Rätz bevogtet und sein

Digitized by Google

Vogt bestritt die Verbindlichkeit desselben wegen mangelnder Einwilligung. Rätz leide zeitweilen an Geistesstörungen und habe in Folge dessen schon Selbstmordsversuche gemacht. Am Tage des fraglichen Handels habe er viel gespielt und getrunken und nur deßhalb sei es möglich gewesen, einen Kaufpreis zu bieten, welcher den gewöhnlichen um das 30fache übersteige.

Motive:

daß Bendicht Friedrich die Erfüllung eines Rechtsgeschäftes verlangt, bei welchem alle äußern Merkmale eines Kaufvertrages vorliegen, indem ein bestimmter Kaufpreis über einen der Qualität und Quantität nach bestimmten Kaufsgegenstand festgesetzt wurde;

daß es sich nur noch um die streitige Frage handelt, ob der beklagte Rätz seine Einwilligung zu jenem Kaufvertrag in der vom Gesetze verlangten Weise ertheilt habe;

daß diese Frage verneint werden muß, weil:

a. vorerst die Höhe des angebotenen Kaufpreises — 18 Rappen per Pfund grüner Wedelen — auffallen muß, welcher den reellen Werth derselben um das zwanzig- bis vierzigfache übersteigen würde;

b. der beklagte Rätz sodann, wenn auch nicht gerade betrunken, in Folge des Genusses geistiger Getränke doch in einem aufgeregten Zustande sich befand;

c. dieser aufgeregte Zustand den Beklagten früher zu Selbstmordversuchen angetrieben und wiederholt Sinnestäuschungen in ihm hervorgerufen hatte, wie solches von mehreren Zeugen, namentlich aber von Herrn Dr. Jakob ausgesagt wird;

d. Rätz bei gleichem Anlasse dem Zeugen Niklaus Jenni den ebenfalls übertriebenen, aber mit dem erwähnten Angebot für Wedelen in keinem entsprechenden Verhältnisse stehenden Preis von 8 Rappen per Pfund buchenes Spältenholz angeboten hat;

e. dem Johannes Rätz endlich bald nachher vom Zeugen Rudolf Bürgi der Heimweg gewiesen werden mußte;

daß alle diese Indizien zusammengehalten zu dem Schlusse berechtigen, Johannes Rätz habe bei den genannten Verkaufsverhandlungen nicht im Zustande der Besonnenheit und Willensfreiheit gehandelt, sondern seine geistigen Funktionen seien getrübt und seine Zurechnungsfähigkeit gestört gewesen (Satz. 678 C.);

Digitized by Google

daß diese Zustände des Beklagten dem Kläger Friedrich eben sowohl bekannt sein mußten, als einer Reihe dort wohnender Zeugen;

daß er sich daher vor einem allfälligen Schaden ebensogut hätte schützen können, wie die Zeugen Niklaus Jenni und Bendicht Hofer, welch' letzterem Johann Rätz ebenfalls den zwanzigfach übertriebenen Preis — 35 Napoléon d'or, statt wie vorher verabredet war, Fr. 35 — für Sattlerarbeiten angeboten hatte;

daß dabei auch noch der Umstand in's Gewicht fällt, daß die fraglichen Kaufsbesprechungen und Propositionen nicht etwa an einer Steigerung, auf öffentlichem Markte oder in einem Verkaufslokale, sondern in einer Wirthschaft stattfanden, wohin die Parteien ohne irgend welche Absicht, einen derartigen Kauf abzuschließen, zusammen gekommen waren;

daß somit dem eingeklagten Rechtsgeschäfte die wesentliche Bedingung der durch das Gesetz näher normirten Einwilligung fehlt und daher die beiden Rechtsbegehren der Klage als unbegründet erscheinen (Satz. 678 C.).

60) Ein Berner ist nicht verpflichtet, sich auf die Paternitätsklage einer fremden, nicht schweizerischen, Weibsperson einzulassen, wenn die heimatliche Gesetzgebung derselben eine solche nicht zuläßt, eine Reciprocität somit nicht besteht.

Wendling gegen Wendling.

(30. November 1876.)

Motive:

Die Anwendbarkeit der Satz. 190 C. auf vorliegenden Fall überhaupt ist nicht zu bezweifeln. Namentlich ist es Angesichts ihres Wortlautes total gleichgültig, ob die Geschwängerte im In- oder Ausland wohne, ob die Schwängerung und Niederkunft hier oder dort stattgefunden habe u. s. w. — Nach Sinn und Wortlaut des Gesetzes kommt es nicht auf den Wohnort, sondern auf die Heimat, die Staatsangehörigkeit der Geschwängerten an: unser Staat, der eine „Vaterschaftsklage" und dem resp. dessen Gemeinden, eventuell, die Obsorge für Mutter und Kind anheimfällt, will vor Allem, daß diese Wohlthat allen seinen Angehörigen, auch im Auslande, zu Theil werde. Da es nun Staaten giebt, welche diese Klage gar nicht zulassen, so würden sich unsere Angehörigen im Nachtheil befinden, wenn

Digitized by Google

dieselbe den Angehörigen jener Staaten unbedingt gestattet würde. Dieses System läßt sich nicht nur vom Standpunkte der sogenannten Reciprocität begründen, welche erzielt werden soll, sondern auch aus allgemeinen Grundsätzen des internationalen Privatrechts, vgl. L. Bar, das internationale Privat- und Strafrecht, pag. 363 ff.

Ist durch Kantonal- oder Bundesverfassung diese Satzung aufgehoben? — Art. 71 Kantonalverfassung — Gleichheit der Bürger vor dem Gesetze — hat nicht daran gedacht, die den Fremden auferlegten Beschränkungen, z. B. im Erwerb von Liegenschaften, Heirathen u. s. w. aufzuheben; im Gegentheil ist in Betreff der Fremden in Art. 79 derselben ausdrücklich der Grundsatz der Reciprocität gewahrt, — (das normale Friedensgesetz zwischen Staaten, die in keinem besonderen Verhältniß zu einander stehen, Leuenberger II. 57) vgl. auch die Vollziehbarkeit ausländischer Urtheile;

ad. Bundesverfassung ist zu bemerken, daß Art. 60 neu — Art. 48 alt — sich ausdrücklich nur auf Schweizerbürger bezieht und trotz mehrfachen Entscheiden der Bundesbehörden (Ullmer I., pag. 192 ff., 202 ff., 205 ff.) kein Fall aus der bernischen Praxis bekannt ist, wo die Angehörigen eines Kantons mit aufgehobener Paternitätsklage oder auch nur eine katholische Jurassierin im alten Kanthonstheil mit einer solchen durchgedrungen wäre.*)

Hat Klägerin der Vorschrift der Satzung 190 genügt, d. h. den Beweis geleistet, daß die Gesetze ihres „Heimatortes" den hiesigen Angehörigen ein Klagrecht in Vaterschaftssachen ertheilen?

In dieser Beziehung hat sich Klägerin berufen:

a. auf die Erklärung des bayrischen Justizministers, welche in ihren ersten drei Absätzen von der Gesetzgebung der sieben dieß- (d. h. rechts-) rheinischen Kreisen handelt und erklärt, daß hier „Paternitätsklagen von Ausländerinnen „und insbesondere Schweizer Staatsangehörigen auf Grund „ihrer Eigenschaft als Ausländer und Angehörigen eines „ausländischen Rechtsgebiets eine Unzulässigkeitseinrede nicht „entgegenstehe," allein sub 4) wird in Bezug auf den linksrheinischen Landestheil — die Pfalz — gesagt: „nach „dem dort geltenden französischen Civilgesetzbuch — Art. 340 „ — sei die Klage auf Anerkennung der außerehelichen „Vaterschaft regelmäßig ausgeschlossen." „Doch

*) Vgl. Bd. X, S. 366 fl.

Digitized by Google

„werde, ist ferner beigefügt, auf Grund giltiger „Anerkennung (code civ. Art. 334) die Klage auf „Ersatz des der Geschwächten erwachsenen Schadens, — „sowie in Folge eingegangener Verpflichtung zur Leistung „von Alimenten die Klage auf Zahlung der Letztern auch „dort zugelassen."

Also a) keine Nachforschung nach der Vaterschaft, keine aus der außehelichen Zeugung fließenden Verpflichtungen, keine Klage aus derselben, dieß ist in der bayrischen Pfalz, an dem Heimatort der Klägerin Rechtens und das wird als absolut gebietendes Recht betrachtet; die Nachforschung gilt als contra bonos mores,

aber b) Ausnahme des Art. 334 code civil, d. h. es kann regelmäßig eine Anerkennung des außerehelich erzeugten Kindes stattfinden; dieselbe begründet, wenn sie „giltig", d. h. in einer authentischen Urkunde erfolgt, gewisse Verpflichtungen des Vaters, über deren Umfang freilich der code civil keine bestimmten Normen aufstellt.

c) ausdrücklich versprochene Alimente können eingeklagt werden — auf dem Wege der gewöhnlichen Contraktsklage, also Ausschluß der Einrede des mangelnden oder unsittlichen Klaggrundes.

Die Erklärung des bayrischen Justizministers beweist also nicht, was der Klägerin zu beweisen obliegt, daß nämlich an dem Heimatorte derselben die bernische und gemeinrechtliche Klage einer Bernerin gegen einen dortigen Schwängerer auf Alimente für das Kind, aus Grund der Vaterschaft, angenommen würde; sie beweist vielmehr das gerade Gegentheil; die Klage würde nach dortigem Rechte, weil die Nachforschung der Vaterschaft bezweckend, unzweifelhaft von der Hand gewiesen. Eine den Förmlichkeiten des code civil entsprechende oder überhaupt eine, schriftliche oder mündliche, Anerkennung der Vaterschaft Seitens des Beklagten ist nicht vorhanden (siehe Beweisergebniß) und ein gültiges, d. h. von der Klägerin angenommenes Versprechen — ein Vertrag — über die Leistung von Alimenten kam ebenfalls nicht zu Stande. Das vom Beklagten eingestandene Offert von Fr. 2000, wenn die Sache damit abgethan sei und nicht in's Publikum komme, ist einerseits gar nicht angenommen worden und andererseits wäre dasselbe durch die stattgehabte Klageanstellung dahingefallen, da durch letztere die beigefügte Resolutivbedingung sich erfüllte;

Digitized by Google

b. Klägerin beruft sich ferner auf die Praxis der französischen Gerichte. Es scheint allerdings (vgl. Not. Puchelts zu § 444 von Zach. franz. Civilrecht, 6. Aufl.) sich „eine förmliche, den Frauenspersonen sehr günstige „Jurisprudenz, — trotz des berühmten Art. 340, Abs. 1 — „gebildet zu haben, wonach jede auf Täuschung, unzu„lässigen Manipulationen oder auf Mißbrauch der Autorität „beruhende Verführung und Schwängerung als Grund zur „Entschädigungspflicht angesehen" wird, und zwar auf Grund des Art. 1382 code civ., welcher von obl. ex. del. handelt.

Allein in casu ist, abgesehen davon, daß alle bezüglichen Thatsachen — Eheversprechen, Correspondenz u. s. w. — im erst- und oberinstanzlichen Beweisentscheid aus dem Beweisthema der Klägerin ausgemerzt und nur die zur Begründung der streng bernischen Vaterschaftsklage erforderlichen stehen gelassen worden, das Vorhandensein irgend welcher Verführungskünste, Versprechungen u. s. w., um den Beischlaf zu erzielen, nicht erwiesen und nicht behauptet.

Dezember 1876.

61) Bürgschaftsverpflichtung für Verbindlichkeiten eines Dritten aus gegenwärtigen und künftigen Verträgen. Verpflichtung der Wittwe aus einer Bürgschaft ihres Ehemannes. Zinsforderungen im Zweifel nach dem einheimischen Rechte zu beurtheilen.

Käsereigesellschaft Bülach gegen Frei und Gygax.
(2. Dezember 1876.)

Unterm 12. Mai 1871 kam zwischen der Gesellschaft der Käserei Bülach, Kantons Zürich, und Johann Ulrich Käser, Käser von Melchnau ein Milchkaufvertrag zu Stande folgenden Inhalts:

Es bezahlt Käser der Gesellschaft zu Handen der Milchlieferanten für jeden Zentner vom 20. Mai 1871 bis und mit dem 30. April 1872 eingelieferter Milch neben dem in den Gesellschaftsstatuten ausbedungenen Wohnungs- und Hüttenzins Fr. 5. 85 nach den in den Statuten festgesetzten Bestimmungen, wogegen die Gesellschaft ihre Käserei mit Wohnung und Garten

Digitized by Google

zur Benutzung übergiebt und ihm die Milch von wenigstens 70 Kühen nach den Vorschriften der Statuten zusichert. Neben den Bestimmungen der Statuten der Gesellschaft haben die Contrahenten über folgende weitere Bestimmungen sich vereinbart:

1. Sei dieser Vertrag von heute an bis und mit dem 30. April 1872, soweit er die Milchlieferung und die Benutzung der Localität betrifft, gültig.

Unterm 15. November 1871 wurde dieser Vertrag bis 30. April 1873 erneuert mit Modificationen, welche sich auf den Milchpreis und die Höhe der zu leistenden Abschlagszahlungen bezogen. Ein dritter Vertrag kam am 16. Januar 1873 und ein vierter unterm 16. April 1874 zu Stande, deren Zweck jeweilen nur die Festsetzung des Milchpreises war.

Die Gesellschaftsstatuten, auf welche die Verträge hinwiesen, lauteten:

§ 24. Die einzuliefernde Milch wird zum Fettkäsen durch die Gesellschaft einem soliden Käufer auf eine näher zu bestimmende Dauer verkauft. Sie übergiebt ihm ferner das zur Käserei bestimmte Gebäude sammt Wohnung zur Miethe.

§ 25. Dafür zahlt derselbe einen jährlichen Zins von Fr. 150 und von jedem Zentner eingelieferter Milch Rp. 15 der Gesellschaft und derselben zu Handen der Lieferanten einen näher zu vereinbarenden Betrag für den Zentner eingelieferter Milch. An Zins und Milcherlös sind monatlich mindestens Fr. 200 zu erlegen, der Rest in halbjährigen Raten mit Martini und Mai abzutragen. Für seine sämmtlichen Verbindlichkeiten hat er eine Real- oder Personalcaution bis auf den Betrag von Fr. 20,000 zu leisten ꝛc.

Vor Abschluß des letzten Vertrages wurde der § 25 der Statuten dahin abgeändert, daß der Käser statt Rp. 15 Rp. 20 von jedem Zentner eingelieferter Milch und monatlich Fr. 300 statt Fr. 200 der Gesellschaft bezahlen sollte.

Als Bürgen des Johann Ulrich Käser haben sich gegenüber der Käsereigesellschaft Bülach die Beklagten verpflichtet, und zu dem Behuf folgende Bürgschaftsverpflichtungen ausgestellt:

„Die Unterzeichneten Johann Ulrich Gygax von Seeberg, Landwirth in Oberönz und Johann Frei von Oberwyl, Käser in Wangen, bescheinigen anmit, daß sie sich verpflichten, der Gesellschaft der Käserei Bülach für Johannes Käser, Käser von Melchnau als Milchkäufer und Uebernehmer der Käserei Bülach vom 20. Mai 1871 an und allenfalls für folgende erneute Ver-

Digitized by Google

träge für den Betrag der gelieferten Milch und für den Hüttenzins solidarisch als Bürg nnd Selbstzahler nach zürcher'schen Rechten zu haften und zwar in dem Sinne, daß sie, wenn Käser den in den betreffenden Milchkaufverträgen und in den Statuten der Gesellschaft enthaltenen Bestimmungen nicht genau und gewissenhaft nachkommen sollte, dieselben ohne Ein- und Widerrede einzustehen haben.

Gegeben in Oberönz und Wangen, den 10. März 1871.

Sig. Joh. Ulr. Gygax. Sig. Johann Frei, Käser.

Den 24. Juni 1874 verstarb der Milchkäufer Käser und über seinen Nachlaß wurde der Concurs eröffnet, worin die gläubigerische Gesellschaft für eine restanzliche Forderung von Fr. 4976. 31 zur Gebuld collocirt wurde.

Von den beiden Bürgen war Gygax bereits im Jahre 1872 verstorben und von seiner Wittwe beerbt worden. Dadurch war dieselbe in die Verpflichtungen ihres Ehemannes eingetreten und hatte überdieß noch einen Bürgschaftsschein unterschrieben, welcher die nämlichen Verpflichtungen enthielt.

Auf eine erfolgte Zahlungsaufforderung schlugen die Bürgen das Recht dar und es klagte nun die klägerische Gesellschaft eine Forderung von Fr. 4596. 61 sammt Zins ein.

Die daherigen Rechtsbegehren bezweckten in erster Linie Anerkennung der Bürgschaftsverpflichtung und sodann Verurtheilung zu Bezahlung der schuldigen Summe.

Von Seiten der Beklagten wurde geltend gemacht, ihre Bürgschaft sei nicht weiter auszudehnen, als höchstens für die Milchlieferungen vom 20. Mai 1871 bis 30. April 1872, und allenfalls für den erneuerten Vertrag vom Mai 1872 bis 30. April 1873; namentlich wurde verneint, daß sich die Bürgschaft auf die späteren selbstständigen Verträge vom 16. Januar 1873 und 16. April 1874 und die hierauf gestützt gemachten Milchlieferungen erstrecke. Dieselben seien selbstständige Verträge, welchen die Beklagten nicht als Bürgen beigetreten seien. Auch die Statuten seien abgeändert worden, obschon sie dem ursprünglichen Vertrage zu Grunde gelegt gewesen seien.

Ferner stellen sowohl das bernische Privatrecht als das zürcherische Civilgesetzbuch als Voraussetzungen der Bürgschaft die Existenz einer Hauptschuld auf und für den Kaufvertrag die Einigung der Parteien über den Preis. Nun habe aber zur Zeit der Eingehung des Bürgschaftsaktes vom 10. Mai 1871 eine dem Gegenstande und dem Preise nach bestimmte Haupt-

Digitized by Google

verbindlichkeit mit Bezug auf allfällige Milchkäufe für die Jahre 1871 und 1872, namentlich aber für 1873 und 1874 gar nicht existirt, und da eine Bürgschaft nur für ein individuelles Schuldgeschäft eingegangen werden könne, so sei damals in Wirklichkeit keine eingegangen worden.

Mit Rücksicht auf die Beklagte Wittwe Gygax wurde namentlich geltend gemacht, ihr Ehemann sei am 30. Brachmonat 1872 verstorben und sei somit bei Abschluß der Milchkäufe vom 16. Januar 1873 und 16. April 1874 nicht mehr am Leben gewesen. Es könne sich daher auch die Bürgschaft des Ehemannes Gygax nicht über dessen Tod hinaus auf die selbstständigen Verträge pro 1873 und 1874 ausdehnen. Dieß habe die Klägerin auch gefühlt und sich deßhalb unterm 24. Januar 1873 von Wittwe Gygax eine neue Bürgschaft ausstellen lassen. Dieselbe sei aber von Haus aus ungültig und deßhalb unverbindlich, denn Wittwe Gygax habe drei Kinder, mit welchen sie noch keine Theilung abgeschlossen habe, weßhalb sie unfähig sei, Bürgschaftsverpflichtungen einzugehen.

Erstinstanzlich wurden der klägerischen Gesellschaft ihre Klagsbegehren zugesprochen und ihre Forderung bestimmt auf Fr. 4595. 61 nebst Zins seit Martini 1874 à 5 %.

Oberinstanzlich wurde das Urtheil bestätigt, die Verpflichtung zur Zinszahlung jedoch erst vom 13. April 1875 an angenommen.

Motive:

Die Appellanten behaupten vorerst, die Bürgschaftsverpflichtung vom 10. Juni 1871 könne rechtlich die Bedeutung nicht, besitzen, welche ihr klägerischerseits beigelegt wird; eine so weit gehende Bürgschaft wäre nach ihrer Ansicht von Anfang an ungültig. Allein diese Behauptung ist unbegründet, denn nach S. 917 C. ist die Eingehung einer Bürgschaft für künftige Schulden zulässig und in Betreff der Höhe solcher Schulden ist nirgends vorgeschrieben, daß dieselbe schon bei Eingehung der Bürgschaft genau bestimmt sein müsse. Es kommen denn auch Bürgschaften für der Summe nach unbestimmte und unbestimmbare künftige Forderungen im täglichen Leben häufig vor.

Was sodann die bestrittene Auslegung der „Bürgschaftsverpflichtung" vom 10. Mai 1871 betrifft, so ergiebt sich aus dem ganzen Zusammenhange, daß es sich darum handelte, ein dauerndes, nicht bloß auf ein Jahr beschränktes Verhältniß zu begründen. Dieß ergiebt sich:

Digitized by Google

a. daraus, daß auf den Milchkaufvertrag vom 12. Mai 1871 gar nicht durch bestimmte Anführung desselben hingewiesen ist;

b. aus der Bezeichnung des Käser als „Milchkäufer und Uebernehmer der Käserei Bülach vom 20. Mai 1871 an" ohne Angabe eines Endtermins.

Betreffend die Einschränkung nun, welche Beklagte aus dem Worte „erneute Verträge" herleiten, indem sie behaupten, daß hiemit jede Veränderung, resp. Erhöhung der urspränglich verabredeten Milchpreise uud anderweitigen Leistungen des Käsers ausgeschlossen sei, so geht aus diesem Wort im vorliegenden Zusammenhange eine solche Absicht der Parteien nicht hervor. In dieser Beziehung hat das erstinstanzliche Gericht schon mit Recht auf den Umstand hingewiesen, daß die beiden Bürgen als Käser wissen mußten, daß bei dem notorischen Schwanken der Milchpreise, welche sich nach den jeweiligen Käsepreisen richten, unmöglich die nämlichen Ansätze von Jahr zu Jahr wiederkehren konnten, sondern unter Umständen eine Erhöhung der Milchpreise vorauszusehen war; sowie daß im Nachsatze der Bürgschaftsverpflichtung der Ausdruck: „in den betreffenden Verträgen" gebraucht wird, welcher darauf hinweist, daß für die künftigen Jahre ganz andere, neue Verträge würden abgeschlossen werden, was nicht nöthig gewesen wäre, wenn man es bei den Preisen und Bedingungen des Jahres 1872 hätte müssen bewenden lassen.

Die zweitbeklagte Wittwe Gygax ist als Erbin ihres Ehemannes nach bernischem Recht in die Bürgschaftsverpflichtung eingetreten, und was den heute im mündlichen Vortrag geltend gemachten Erlöschungsgrund nach § 1813 des Zürcher P.-G.-B. betrifft, so ist derselbe:

a. nicht aktenkundig gemacht, daher nach § 296 P., vrgl. S. 5 C., nicht zu berücksichtigen, übrigens aber

b. auch nicht zutreffend, da aus der Ausstellung eines neuen Bürgschaftsscheines durch Wittwe Gygax am 14. Januar 1873 schon hervorgeht, daß sie von der Verbürgung ihres Ehemannes innert der nützlichen Frist Kenntniß erhalten.

Die Zinsforderung der Kläger stützt sich auf § 1434 Zürcher Pr.-G.-B., welcher für den Handel im Großen eine Verzinsung des Kaufpreises für bewegliche Sachen von dem Zeitpunkt der Fälligkeit hinweg festsetzt. Es erscheint indeß zweifelhaft, ob Milchlieferungsverträge, wie der vorliegende, wo es sich um so viele täglich wiederkehrende kleine Lieferungen handelt, unter

Digitized by Google

diese Bestimmung fallen, und im Zweifel muß das inländische Gesetz Regel machen, wonach derartige Forderungen erst vom Tage des Rechtsbarschlages hinweg zinstragend werden.

62) Wenn ein Testament wegen Fehlern der äußeren Form angegriffen wird, so kann der stipulirende Notar nur dann als Zeuge verworfen werden, wenn ihm der Streit verkündet worden ist.

Ryf, Frei und Mith. gegen Schneeberger und Mith. *)

(9. Dezember 1876.)

In einer vom 31. Mai 1876 datirten Klage verlangten die Kläger Ryf und Mith. die Ungültigerklärung eines von Notar Meyer stipulirten Testamentes, indem sie geltend machten, es seien die gesetzlichen Förmlichkeiten nicht beobachtet worden, und das Verbal des stipulirenden Notars, welches das Gegentheil behaupte, sei unwahr.

Als Beweismittel wurden zu diesen klagsbegründenden Thatsachen eine Anzahl Zeugen angeführt.

Die Beklagten bestritten die gegnerischen Behauptungen und riefen als Gegenbeweismittel den Notar Meyer selber an.

Gegen diesen Zeugen erhoben die Kläger eine Verwerflichkeitseinrede, zu deren Begründung sie anbrachten: Notar Meyer habe ein wesentliches Interesse am Ausgange des vorliegenden Prozesses und sei daher als Zeuge zu verwerfen. Das Testament des Johann Ulrich Haas werde wegen Fehlern der äußern Form angefochten, indem geltend gemacht werde, daß entgegen den Verbalien desselben die gesetzlichen Vorschriften und Förmlichkeiten durch den Notar nicht beobachtet worden seien. Wenn nun das Testament aus den in der Klage geltend gemachten Gründen abgesetzt werde, so sei Notar Meyer der eingesetzten Haupterbin gegenüber verantwortlich. Ueberdieß habe Meyer ein wesentliches Interesse daran, da sein Ruf als Notar und Stipulator gefährdet oder sogar vernichtet sei, wenn das Testament wegen Formfehlern abgesetzt werden sollte. Ob die Haupterbin dem Notar Meyer den Streit verkündet habe oder

*) Siehe dagegen Ztschrift XII, 194.

Digitized by Google

nicht, sei unbekannt, aber auch gleichgültig, da derselbe auch ohne Streitverkündigung ein verwerflicher Zeuge sei.

Von Seiten der Beklagten wurde bestritten, daß der Notar ein mittelbares oder unmittelbares Interesse am Ausgange des Streites habe.

Die Beweiseinrede wurde in beiden Instanzen abgewiesen.

Motive:

Daß die Excipienten J. U. Frei und Mith. in Art. 64 und 67 der Replik behaupten, Notar Meyer habe am Ausgange des Prozesses ein wesentliches Interesse;

daß aber der § 220, Ziff. 1 P. die Verwerflichkeit des Zeugen nicht von seinem wesentlichen, wohl aber von seinem unmittelbaren Interesse abhängig macht, welches dann vorhanden ist, wenn der Ausgang eines Rechtsstreites direkt vortheilhaft oder benachtheiligend auf die Vermögens- oder sonstigen Privatrechtsverhältnisse des Zeugen einwirkt (Rheinwald, Commentar pag. 326);

daß nun allerdings von den Excipienten behauptet wird, bei Errichtung des Testaments des Joh. Ulr. Haas seien die gesetzlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten entgegen den Verbalien der Urkunde nicht beobachtet worden;

daß Herr Meyer für die Richtigkeit der Angaben betreffend die beobachteten Förmlichkeiten, soweit sie in seinen unmittelbaren Bereich als stipulirender Notar gehören, haftbar gemacht werden kann und somit am Ausgange des Prozesses unmittelbar interessirt würde, wenn ihm der Streit wäre verkündet worden;

daß aber gerade letzteres nicht stattgefunden hat, was als eine Verzichtleistung auf den Rückgriff auszulegen ist (§ 34 P.);

daß die andern von dem Excipienten angebrachten Gründe, wie Gefährdung des Rufes als Notar und Stipulator, Widerspruch seines Zeugnisses mit den Aussagen eines andern Zeugen, sich nicht zu einer Verwerflichkeitseinrede eignen.

Bemerkung. Die Kläger übernehmen durch Zeugen den Beweis zu leisten, daß die gesetzlichen Formalitäten bei Errichtung des Haas'schen Testamentes nicht erfüllt worden seien, obwohl der Notar das Gegentheil bezeuge. Gelingt dieser Beweis, so muß dem Notar als einem gewissenlosen Menschen, der keinen öffentlichen Glauben verdient, sein Patent entzogen werden. Nun wird gerade er als Zeuge für die Wahrheit seines eigenen Zeug-

Digitized by Google

nisses angerufen, und die gegen ihn erhobene Beweiseinrede abgewiesen. Da Gericht nimmt an, die Verwerflichkeit des Zeugen hange nicht ab von seinem wesentlichen, sondern nur von seinem unmittelbaren Interesse, und ein solches sei dann vorhanden, wenn der Ausgang eines Streites direkt vortheilhaft oder benachtheiligend auf die Vermögens- oder sonstigen Privatrechtsverhältnisse des Zeugen einwirke. Nun sei der Notar für seine Vernachlässigungen den Betheiligten gegenüber allerdings haftbar, insofern der Regreß durch Streitverkündigung gewahrt worden sei; die Unterlassung einer solchen sei aber als Verzicht auf den Rückgriff auszulegen und es könne somit der Ausgang des Prozesses nicht direkt auf die Vermögensverhältnisse des Zeugen einwirken. Bis hieher können wir mit dem Gerichte einig gehen, um so weniger aber mit dem Folgenden. Die übrigen von den Excipienten angebrachten Gründe, fährt nämlich das Gericht fort, wie Gefährdung des Rufes als Notar und Stipulator, Widerspruch seines Zeugnisses mit den Aussagen anderer Zeugen, eignen sich nicht zu einer Verwerflichkeitseinrede, oder mit anderen Worten: das Interesse des Notars an dem Ausgang des Streites sei kein unmittelbares. Diese Annahme steht im Widerspruch mit den eigenen Motiven des Gerichtes, wonach ein unmittelbares Interesse auch dann vorliegt, wenn die „sonstigen Privatrechtsverhältnisse" des Zeugen durch den Ausgang des Streites berührt werden. Dieß ist nun hier im höchsten Grade der Fall, denn wenn die klägerischen Thatsachen constatirt werden können, so erweist sich das Zeugniß des Notars als ein durch und durch falsches und es ist nicht nur der Ruf desselben gefährdet, sondern es muß ihm auch sein Patent entzogen und er selbst dem Strafrichter überwiesen werden; er hat somit das direkteste und unmittelbarste Interesse an dem Ausgange des Streites, welches man sich nur denken kann. Ferner kommt er, immer die Wahrheit der klägerischen Thatsachen vorausgesetzt,*) in die unangenehme Lage, seinem falschen notarialischen Zeugniß eine ebenso falsche Zeugenaussage beifügen zu müssen, und dadurch dem Strafrichter doppelten Grund zum Einschreiten zu geben. Ganz abgesehen nun davon, daß das Zeugniß des Notars betreffend seine eigene als falsch angegriffene Erklärung von keinem Belang sein kann, so hat auch das Gericht selbst angenommen, ein Zeuge, der sich selbst in einer weniger kritischen Lage befinde, habe ein unmittelbares Interesse am Ausgange des Streites.

*) In der späteren Beweisführung konnten die gravierenden klägerischen Behauptungen nicht erwahrt werden.

Digitized by Google

Der Handelsreisende eines Hauses wurde von seinem Prinzipal als Zeuge angeführt und eine Verwerflichkeitseinrede*) gegen denselben zugesprochen unter Annahme der Motive:

daß sein Ruf betreffend Geschäftstüchtigkeit und mehr noch seine Zuverlässigkeit, der Besitz des Zutrauens seines Prinzipals mit diesem Prozesse untrennbar verbunden sind;

daß somit sein Interesse, wenn auch nicht pecuniär, doch in anderer nicht minder erheblicher Beziehung als ein direktes, unmittelbares bezeichnet werden muß. Zeitschrift XII, S. 194.

Da es nun kaum möglich sein wird, nachzuweisen, weßhalb im einen Fall der Commis ein unmittelbares, direktes Interesse an dem Ausgange des Streites habe, im anderen dagegen bei dem Notar hievon keine Rede sein solle, so stehen wir wieder vor einer jener prinziplosen Entscheidungen, welche die Verzweiflung des Rechtslehrers machen. K.

63) Der Streit über die Frage, ob eine in der Antwort angebrachte Thatsache als Klagsergänzung oder als Schutzbehauptung anzusehen sei, kann nicht zum Gegenstand einer Beweiseinrede gemacht werden, indem solche nach § 150 P. nur gegen die vom Gegner angerufenen Beweismittel zulässig sind.

Die nämliche Thatsache darf auch nicht auf indirekte Weise durch Cumulation mit anderen Beweismitteln bewiesen werden.

Christen gegen Appolloni.

(15. Dezember 1876.)

Motive:

Daß der Kläger Christen in den Art. 1, 2 und 3 seiner Klage die Behauptung aufstellt, es sei zwischen ihm und dem Beklagten ein Vertrag über Holzlieferungen abgeschlossen worden, und daß er in den genannten Artikeln den rechtsförmigen Abschluß des Vertrages durch den Eid der Gegenpartei zu beweisen übernimmt;

*) Bd. XII, 193, 194 und 424 ist statt Verdächtigkeitseinrede zu lesen: „Verwerflichkeitseinrede".

Digitized by Google

daß er dann in den Art. 7, 9, 10, 11, 13, 14 und 15 Thatsachen aufstellt, welche den gültigen Abschluß des Vertrages voraussetzen oder denselben geradezu als vorhanden bestätigen sollen und daß Christen diese Thatsachen nicht etwa durch das gleiche Beweismittel der Eideszuschiebung an den Beklagten erwahren will, sondern durch Urkunden und Zeugen;

daß die Parteien nach § 168 P. zum Beweise einer Thatsache niemals die Eideszuschiebung mit andern Beweismitteln verbinden dürfen;

daß nun zwar die Thatsachen, welche Christen mit Urkunden und Zeugen beweisen will, nicht gerade identisch sind mit den andern, die durch den Eid bewiesen werden sollen, daß aber durch dieselben das gleiche Resultat, nämlich den Beweis für den rechtsgültigen Abschluß des eingeklagten Vertrages herzustellen, beabsichtigt wird und daß dieses nicht gestattet sein kann.

Januar 1877.

1) Wenn ein Testament angegriffen wird, so ist gegen den stipulirenden Notar eine Verdächtigkeitseinrede begründet.

Buri und Mith. gegen Buri und Mith.
(26. Januar 1877.)

Motive:

Daß Herr Notar Kiener das Testament vom 10. August 1866, welches durch die vorstehende Klage wegen Formmängeln angefochten wird, verfaßt hat und somit an der Aufrechterhaltung desselben wenigstens insofern ein mittelbares Interesse hat, als durch die Cassation desselben seine Berufsehre und zum Theil auch das Berufseinkommen als Notar beeinträchtigt würde.*)

2) Ein Vertrag, wodurch Jemand sich verpflichtet, einen gewissen Beruf während einer bestimmten Zeit und an bestimmten Orten nicht auszuüben, resp. dem Mitcontrahenten daselbst keine Concurrenz zu machen, ist gültig, und ein Bruch desselben berechtigt zu einer Entschädigungsforderung. Der Schaden wurde bestimmt auf Fr. 2000.

Hamberger gegen Edel.
(1. Februar 1877.)

Motive:

Daß sich der Beklagte Edel, durch Vertrag vom 1. Oktober mit Nachtrag vom 7. Dezember 1872, verpflichtet hat, beim

*) Siehe Nr. 62 hievor.

Digitized by Google

Kläger Hamberger während drei Jahren, nämlich vom 1. Oktober 1872 bis Ende September 1875, als Pyrotechniker in Kondition zu treten, während dieser Zeit gegen eine bestimmte Entschädigung und Vergütung bei dem Betriebe des Feuerwerksgeschäfts behülflich zu sein, nach seinem Austritte jedoch an keinen der Kunden des Klägers Feuerwerke zu liefern und an keinem Orte, wo der Kläger Feuerwerke und Beleuchtungen besorgt hat, solche zu liefern oder zu besorgen;

daß der Beklagte jedoch schon am 16. April 1873, also lange vor Ablauf der Vertragszeit, beim Kläger ausgetreten ist und infolge der dem Beklagten auferlegten Beweislast und seiner eigenen Depositionen als Eidesdelat angenommen werden muß, dieser Austritt sei ein ungerechtfertigter gewesen und involvire einen Vertragsbruch;

daß sich der Beklagte ferner sofort nach seinem Austritte in Interlaken als Pyrotechniker etablirte und daselbst entgegen dem Vertrage Feuerwerke für diese Ortschaft lieferte und daselbst Feuerwerke und Beleuchtungen besorgte;

daß derselbe durch diese rechtswidrigen Handlungen dem Kläger einen nicht unbeträchtlichen Schaden zufügte, für welchen er verantwortlich ist (Satz. 705, C.);

daß vorläufig nicht eingesehen werden kann, der genannte Vertrag enthalte bei der kurzen Dauer seines Bestandes und dem beschränkten Wirkungskreise, von welchem die Konkurrenz des Beklagten ausgeschlossen wird, einen unzulässigen Eingriff in die Gewerbefreiheit (Satz. 684. C.);

daß endlich die vom Amtsgerichte von Interlaken zugesprochene Entschädigung auch dem Maße nach den vorliegenden Verhältnissen vollkommen entspricht;

3) Beschädigung durch ein Thier. Nachlässigkeit des Angestellten. Haftbarkeit des Eigenthümers. Culpa in eligendo.

Gasser gegen Boß.
(1. Februar 1877.)

Motive:

Das Ergebniß der Beweisführung läßt sich zusammenfassen, wie folgt:

a. Am 6. November 1874 ließ der Beklagte durch eine Jungfer Margaritha Bortner in Interlaken den „Kabis", welchen dieselbe auf einem außerhalb des Dorfes gelegenen Grundstücke gepflanzt und dem Beklagten verkauft hatte, abholen und gestattete ihr zugleich, eigene Feldfrüchte auf einem dem Wagen

Digitized by Google

anzuhängenden Karren nach Hause zu führen. Zu diesem Zwecke gab er sein Pferd, welches soeben durch einen Gottlieb Cottier oder Gauthier vom Neuhaus zurückgebracht wurde, her, und beauftragte diesen Cottier mit der Führung des anderswoher entlehnten Wagens, indem er demselben Sorgfalt anempfahl.

b. Nach der Ankunft auf dem Felde wurde der „Kabis" abgeschnitten und auf den Wagen geladen, wobei Cottier, der anfänglich das Pferd gehalten, später behülflich war. Während er dann der Jungfer Bortner den Karren vom Felde ziehen half, setzte sich das allein stehen gelassene Pferd in Bewegung und rannte mit dem Wagen in immer schnellerem Laufe nach Aarmühle.

c. Cottier machte einen vergeblichen Versuch, dasselbe aufzuhalten, wobei er selbst umgeworfen wurde; in Aarmühle angekommen, stürzte sich das Pferd auf den gegenüber dem Ausgang der betreffenden Straße befindlichen Uhren- und Bijouterie-Laden des Klägers, wo es durch Zerschlagen der Ladenfenster u. s. w. erheblichen Schaden verursachte.

Nach Satz. 972 C. haftet für Beschädigungen, welche ein Thier verursacht, in erster Linie nicht der Eigenthümer als solcher, sondern derjenige, der dasselbe „angereizt" oder „nicht gehörig verwahrt" hat, dieß ist im vorliegenden Falle der oben genannte Cottier, welchem die Führung und Hut des Thieres vom Eigenthümer übertragen worden war.

Allein die Haftung des Eigenthümers kann mit Recht auf die laut Satz. 963 C. Jedem obliegende Pflicht gegründet werden, auf seine Handlungen einen gewissen Fleiß zu verwenden, „um den Nachtheil zu verhindern, der nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge daraus entstehen kann."

Hiemit kommt in Betracht:

a. daß der mehrgenannte Cottier, obschon mit dem Fuhrwesen vertraut, von sämmtlichen Zeugen als ein liederliches, dem Trunk ergebenes, beruflos sich herumtreibendes Subjekt, ein „Lump" geschildert wird, von dem schon an und für sich nicht mit Bestimmtheit zu erwarten war, daß er große Sorgfalt bei der Erfüllung seines Auftrages anwenden werde (culpa in eligendo);

b. daß das fragliche Pferd nicht etwa ein gewöhnlicher Ackergaul, sondern ein von der im Jahre 1871 in der Schweiz internirten französischen Ostarmee herrührendes Thier von hitzigem Temperament war, welches nicht allein stehen gelassen werden durfte (siehe namentlich die Aussagen des

Digitized by Google

Zeugen Flück, Sohn, in Brienz), — Eigenschaften, die dem Eigenthümer bekannt sein mußten.'

Ist mithin der Grundsatz der Schadenersatzpflicht anzuerkennen, so handelt es sich nur noch um Bestimmung des Schadens, wobei ein billiges Ermessen des Gerichts zur Anwendung zu bringen ist, das jedoch nicht so weit gehen soll, um, wie das erstinstanzliche Urtheil, nur die Hälfte des Schadens zuzusprechen.

4) Eideszuschiebung gegen den Inhalt einer Urkunde.

Schläfli gegen Schläfli.
(2. Februar 1877.)

Frau Anna Maria Schläfli, geb. Hottinger, wirkte gegen ihren gewesenen Ehemann Joh. Friedrich Schläfli einen Vollziehungsbefehl aus für eine Summe von Fr. 3500.

Der Ehemann lud zur Cassation desselben vor unter Berufung auf folgende von der vorgeladenen eigenhändig unterschriebene Quittung:

„Hiemit bescheinige ich von Johann Friedrich Schläfli, meinem gewesenen Ehemanne, Sekretär der Betriebsdirektion der Jura-Bern-Bahn in Bern, die mir laut gerichtlich bestätigter Uebereinkunft für zugebrachtes Gut schuldigen Fr. 3500, schreibe dreitausendfünfhundert Franken in baar und durch Verrechnung empfangen zu haben, wofür Quittung.

Zürich, den 29. Mai 1875.

Sig. Frau Maria Schläfli.

Frau Schläfli behauptete nun, die Urkunde rühre nicht von ihr her, und eventuell, sie sei gefälscht, resp. falsch. Zu Begründung brachte sie in den Art. 10 und 13 Folgendes an: Zwischen Parteien habe nie irgend welche Ausrechnung oder Verrechnung, wie sie in der Quittung erwähnt werde, stattgefunden und der Kläger habe der Beklagten auf Rechnung jener in Frage stehenden Summe nie irgend welche Bezahlung gemacht, noch sei dieselbe zusammen bezahlt worden. Der Kläger habe jene angebliche Quittung selbst eigenhändig auf ein von ihr aufgestelltes Blanket über die vorher von ihr aufgetragene Unterschrift geschrieben.

Zu diesen beiden Artikeln führte die Klägerin den Eid des Vorgeladenen als Beweismittel an.

Letzterer bestritt die behaupteten Thatsachen und berief sich zu den von ihm gemachten Gegenanbringen auf Urkunden und Zeugen. Gegen die Eideszuschiebung erhob er folgende Beweiseinrede:

Digitized by Google

Es sei gerichtlich zu erkennen, der in Art. 10 und 13 zugeschobene Eid dürfe von Herrn Schläfli nicht gefordert werden, weil die angebrachten Thatsachen in unlösbarem Widerspruch stehen mit den Anbringen in Art. 2 der Klage und in Art. 16, 17, 19, 20 der Replik, welche Thatsachen von Herrn Schläfli mittest Urkunden und Zeugen zu beweisen übernommen worden sind.

Erstinstanzlich wurde die Beweiseinrede zugesprochen, oberinstanzlich dagegen abgewiesen.

Motive:

Daß der Cassationskläger Schläfli durch die vorgelegte Quittung vom 29. Mai 1875 zu beweisen sucht, daß er die seiner gewesenen Ehefrau schuldigen Fr. 3500 in baar und durch Verrechnung bezahlt habe;

daß aber Frau Schläfli in erster Linie behauptet, die fragliche Quittung sei unnächt, indem die Unterschrift nicht von ihr herrühre und eventuell, wenn nämlich die Unterschrift doch als die ihrige anerkannt würde, so sei:

a. der Inhalt der Quittung über ein von ihr zu einem ganz andern Zwecke ausgestelltes Blanket geschrieben worden, und
b. es habe zwischen den Parteien nie irgend eine Verrechnung stattgefunden und es sei auch keine Zahlung geleistet worden;

daß Frau Schläfli ihrem gewesenen Ehemann über die letztern zwei Sätze den Eid zugeschoben hat, daß dieser nun Einsprache erhebt, weil diese Sätze mit den von ihm aufgestellten und durch die obgenannte Quittung zu erwahrenden Behauptungen im direkten Widerspruch stehen, welches nach § 168 P. eine verbotene Cumulation der Beweismittel mit der Eideszuschiebung enthalten würde;

daß aber das in § 168 P. aufgestellte Verbot der Cumulation der Eideszuschiebung mit andern Beweismitteln nicht den Sinn haben kann, daß eine Partei zum Beweis der von ihr behaupteten Thatsachen den Eid der Gegenpartei nicht anrufen könne, wenn diese Thatsachen im Widerspruch stehen mit solchen, welche der Gegner schon durch andere Beweismittel zu erwahren erklärt hat;

daß diese Gesetzesbestimmung in der That sich dahin ausspricht, daß die Parteien zum Beweise einer Thatsache mehrere und verschiedenartige Beweismittel gebrauchen können, daß aber der Gesetzgeber damit nicht sagen wollte, die eine Prozeßpartei könne sich eines und die andere eines anderen, also beide mit einander können sich verschiedener Beweismittel zur Erwahrung einer und derselben Thatsache bedienen, sondern vielmehr die

Digitized by Google

gleiche Partei sei zum Gebrauch verschiedener Beweismittel befugt, mit Ausnahme der Eideszuschiebung, welche nie mit andern Beweismitteln verbunden werden dürfe;

daß abgesehen hievon Frau Schläfli eigentlich den Beweis übernimmt, daß die von dem Kläger vorgelegte Quittung in der einen oder andern Weise unrichtig sei, indem sie behauptet, daß trotz dieser Quittung und des Wortlautes derselben die fragliche Schuld von ihrem gewesenen Ehemann nicht getilgt worden sei.

5) Haftpflicht der Eisenbahn. Tödtliche Verletzung eines Arbeiters beim Manövriren durch Verschulden von Mitarbeitern. Entschädigungssumme für Wittwe und zwei Kinder wird bestimmt auf Fr. 8000.

Wittwe Müller gegen Schweizerische Centralbahn.
(8. Februar 1877.)

Da die species facti, soweit sie ein besonderes juristisches Interesse darbietet, sich hinlänglich aus den Motiven ergibt, so kann um so eher auf dieselben verwiesen werden, als durch die thatsächlichen Einzelnheiten die prinzipiellen Fragen nicht berührt werden.

Motive:

daß die Klägerin, Wittwe Müller, behauptet, ihr Ehemann sei durch die Schuld des Bahnhofpersonals zu Herzogenbuchsee derart verletzt worden, daß es dessen Tod zur Folge hatte, — daß dafür die beklagte Centralbahngesellschaft verantwortlich sei;

daß umgekehrt die beklagte Gesellschaft dem verstorbenen Müller die Ursache seines Unglücks zuschreibt, indem sie geltend macht, daß demselben der Manövrirdienst untersagt worden sei, und daß er sich gleichwohl bei dem betreffenden Manöver betheiligt und sich dabei allen Vorschriften zuwider so ungeschickt benommen habe, daß leider der bedauerliche Unfall habe eintreten müssen, — daß überdieß die beklagte Gesellschaft für die Fehler ihrer Angestellten nicht verantwortlich sei;

daß nun allerdings nachgewiesen ist, daß dem Müller von Seite eines oder mehrerer seiner Vorgesetzten früher bei Anlaß des Manövrirens, wenn ihm nämlich seine Verrichtungen nicht gehörig gelungen sind, gesagt worden sei, es wäre besser, wenn er sich nicht mehr beim Manövriren betheiligen würde, oder er solle nicht mehr auf die Wagen und mit denselben fahren, daß aber dieses Verbot nicht ernst gemeint war, indem Müller unter

Digitized by Google

den Augen dieser gleichen Obern fortfuhr, seinen daherigen Dienst zu verrichten, ohne daß diese dagegen irgend eine Einsprache erhoben hätten, — und daß sich übrigens Müller im Moment des Unglücks auf keinem Wagen, sondern am Boden befand;

daß aus den Akten nicht hervorgeht, daß Müller bei seinen Verrichtungen sich eine Unvorsichtigkeit, welche das eingetretene Unglück hätte veranlassen können, zu Schulden kommen ließ, daß im Gegentheil die oberinstanzlichen Experten constatiren, daß Müller das Geleise, in welchem er zur Zeit des Unfalls gestanden sein soll, deßwegen nicht zu verlassen brauchte, weil er zur Voraussetzung berechtigt war, daß nach Vorschrift des Art. 26 des Rangierreglements verfahren und daher das Vorschreiten der Bewegung durch das Kommando angezeigt und die Bewegung auf der kurzen Distanz nur auf langsame Weise vor sich gehen werde;

daß aber an der Stelle, wo Müller sich befand, kein Kommando wahrgenommen wurde, und daß die Bewegungen nicht langsam, sondern, wie sich einige Zeugen ausdrücken, mit ganz ungewöhnlicher Schnelligkeit stattfanden, so daß der heftige Zusammenstoß der nachfolgenden Wagen mit demjenigen, an welchem Müller sich bethätigte, als Ursache des Unfalls anzusehen ist;

daß dieses für den Müller so verhängnißvoll gewordene, fehlerhafte Manövriren den dabei beschäftigt gewesenen Bahnhofangestellten zur Last fällt, und daß die Beklagte für diese deßwegen verantwortlich ist, weil dieselben diese Fehler in der Ausübung ihres Dienstes begangen haben.

Bemerkung.

Nach dem Entscheide des Gerichtes darf nicht angenommen werden, daß Müller sich einer Nachlässigkeit schuldig gemacht und deßhalb den Anspruch auf Entschädigung verwirkt habe. Ebensowenig darf der Unglücksfall einem Zufall zugeschrieben werden, denn das Gericht nimmt ein Verschulden der bei dem Manövriren beschäftigten Bahnangestellten an, und es kann sich daher nur fragen, ob die Centralbahn für diese deßhalb verantwortlich sei, weil sie diese Fehler in der Ausübung ihres Dienstes begangen haben. Das Gericht hat die Frage bejaht und unseres Erachtens ein großes Wort etwas zu gelassen ausgesprochen; und es lohnt sich daher wohl der Mühe, zu untersuchen, ob dieser Grundsatz denn so allgemein anerkannt sei, daß er ohne weitere Begründung zur Anwendung gebracht werden dürfe. — Vorerst müssen wir bedauern, daß das Gericht den Art. 297 P. ganz außer Acht gelassen und eine Hinweisung auf die betreffenden Gesetze für überflüssig erachtet hat. Diese Bestimmung des Prozesses bietet eine Garantie

Digitized by Google

gegen Willkür, indem der Richter genöthigt wird, das Gesetz anzuführen, welches er anwenden will. Dieß ist hier nicht geschehen und wir müssen uns daher die Frage selber stellen. Da nun der Unglücksfall im Jahr 1872 sich ereignete, das Bundesgesetz über die Haftpflicht der Eisenbahnen vom 1. Juli 1875 aber erst mit dem 10. Wintermonat 1875 in Kraft trat, so muß angenommen werden, es sei noch die kantonale Gesetzgebung zur Anwendung gekommen.

Nach bernischem Recht haftet in der Regel der Thäter für seine Delicte; derjenige wird schadensersatzpflichtig, welchen ein Verschulden trifft, und nur ausnahmsweise hat ein Dritter für fremde culpa einzustehen.

Außer der Haftbarkeit, welche nach S. 737 C. den Handwerkern, Wirthen und Schiffern für Gegenstände, die ihnen anvertraut worden sind, auferlegt wird, und der Haftbarkeit desjenigen, aus dessen Wohnung gegossen oder geworfen wird, kennt das Gesetz nur wenige Fälle, wo von einer wirklichen Haftung für Delicte einer anderen Person als des Thäters gesprochen werden kann; so haftet der Bevollmächtigte, welcher seine Vollmacht ohne specielle Autorisation auf einen Anderen überträgt, S. 787 C. Der Unternehmer von Bauten haftet für die Treue und Tüchtigkeit derjenigen Personen, deren er sich für die Ausführung einer übernommenen Arbeit bedient, S. 866 C., somit auch für ihr Verschulden.

Diese etwas engen Schranken der Verantwortlichkeit wurden durch die Praxis erweitert und namentlich Unternehmer verantwortlich gemacht für schuldbare Handlungen ihrer Angestellten oder Arbeiter dritten Personen gegenüber. Juristische Personen können selbst keine Delicte begehen, allein sie haften für diejenigen Personen, deren sie sich zur Erreichung ihrer Zwecke bedienen oder die sie nach Außen vertreten. Dagegen ist der Grundsatz keineswegs anerkannt, daß der Dienstherr für seinen Knecht oder Arbeiter verantwortlich sei, wenn durch Verschulden derselben Schaden entsteht. Wenn z. B. ein Kutscher einen Menschen oder ein Thier fahrlässigerweise beschädigt, so haftet er und nicht sein Dienstherr. Dieß hat auch der Appellations- und Kassationshof in dem Fall unter Nr. 3 in Sachen Gasser gegen Boß anerkannt, indem er den ersteren nur wegen culpa in eligendo verantwortlich machte.

Viel weiter geht das französische Recht in Art. 1384 C. c., wo es verantwortlich erklärt:

Les maîtres et les commettants sont responsables du

Digitized by Google

dommage causé par leur domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés.

Diese Bestimmung macht den Dienstherrn verantwortlich für alle Handlungen seines Dieners oder Angestellten, welche derselbe in Ausübung seines Dienstes sich hat zu Schulden kommen lassen. Damit ist auch die Haftbarkeit industrieller Etablissemente für ihre Angestellten und Beamten ausgesprochen.

Den nämlichen Standpunkt nimmt auch das englische Recht ein. Wenn ein Dienstverhältniß besteht, so haftet der Dienstherr für den Schaden, welcher aus der Nachlässigkeit des Dieners oder Angestellten entsteht bei Ausführung seiner Befehle oder bei seinen Dienstverrichtungen überhaupt. Jeder Diener, welcher innerhalb seines Dienstes die Geschäfte seines Herrn besorgt, repräsentirt den Herrn selbst, und in den Augen des Gesetzes sind seine Handlungen diejenigen des Meisters oder Herrn. Diese Regel bezieht sich nicht nur auf Dienstboten, welche in einem Hause beschäftigt werden, sondern auch auf solche Angestellte, welche der Meister für eine bestimmte Arbeit angestellt, obschon sie vielleicht nicht einmal seine direkten Untergebenen sind.

Diese Grundsätze anerkennt das bernische Recht nicht, und wo es daher an Spezialbestimmungen fehlt, kann die Haftbarkeit nicht weiter ausgedehnt werden, als sie im Gesetze ausgesprochen ist. Das Gericht hat sich jedoch nicht nur an solche Schranken nicht gehalten, sondern hat sogar einen Grundsatz zur Anwendung gebracht, welcher in dieser Allgemeinheit von keiner Gesetzgebung anerkannt worden ist. Dasselbe nimmt es als ganz selbstverständlich an, daß der Dienstherr, die Eisenbahn, der Fabrikherr nicht nur für Nachtheile hafte, welche ihre Angestellten Dritten zufügen, sondern auch für solche, welche sie einander zufügen. Demgemäß hat der Meister für den Schaden einzustehen, wenn ein Dachdecker aus Schuld seines Mitgesellen vom Dache stürzt oder wenn einem Steinhauer aus Schuld seines Kameraden eine Steinplatte auf die Füße fällt. Der Fabrikherr hätte für jeden Schaden einzustehen, welchen ein Fabrikarbeiter einem anderen durch seine Nachlässigkeit zufügt 2c.

In England hat die Theorie und Praxis die Haftbarkeit des Meisters, Werkbesitzers, der Eisenbahn u. s. w. für den einem Arbeiter durch die Schuld eines Mitarbeiters verursachten Schaden entschieden und konsequent verneint. Die englische Jurisprudenz nimmt an, wer eine mit Gefahr verbundene Anstellung annehme, der übernehme auch die damit verbundene Gefahr. Hiezu

Digitized by Google

seien aber auch Nachlässigkeiten von Mitarbeitern zu rechnen und daher bei der Anstellung und Festsetzung des Lohnes mit in Berücksichtigung zu ziehen. Der Meister hafte nicht für die Sicherheit des Angestellten und insofern daher nicht eine eigene culpa hinzu komme, könne er für derartige Schäden nicht ersatzpflichtig gemacht werden.

Eine bedeutende Anzahl von Fällen, welche in diesem Sinne von englischen und amerikanischen Gerichten entschieden worden sind, siehe in:

Wharton, law of negligence, pg. 186, 204, fl. Saunders, a treatise upon the law applicable to negligence, pg. 136, fl. Paterson, commentaries on the liberty of the subject, I, 276.

Sehr bestimmt wurde die Theorie ausgesprochen von Blakburn in folgenden Worten:

A servant who engages for the performance of services for compensation does, as an implied part of the contract, take upon himself, as between himself and his master, the natural risks and perils incident to the performance of such services; the presumption of law being that that compensation was adjusted accordingly, or, in other words, thate those risks are considered in the wages; and that where the nature of the service is such that, as a natural incident to that service, the person undertaking it must be exposed to risk of injury from the negligence of other servants of the same employer, this risk is one of the natural perils which the servant, by his contract, takes upon himself as between him and his master; and consequently that he cannot recover against his master for an injury so caused, because, as is said by Shaw. C. J. He does not stand towards him in the relation of a stranger; but is one whose rights are regulated by contract. Wharton l. c., § 207.

Das deutsche Haftpflichtgesetz hat sich wohl gehütet, den von dem Appellations- und Cassationshof adoptirten Grundsatz in dieser Allgemeinheit anzuerkennen; dasselbe präsumirt im Schadenfalle nur bei dem Eisenbahnbetrieb ein Verschulden und erklärt daher die Gesellschaft für ersatzpflichtig, wenn sie nicht den Beweis der eigenen Verschuldung des Beschädigten oder der höhern Gewalt zu führen vermag. Dagegen wird eine solche Präsumtion und damit verbundene erhöhte Haftpflicht weder beim Bergbau, noch beim Fabrikbetrieb angenommen und somit eine Entschädigungspflicht auch nur dann ausgesprochen, wenn ein Bevollmächtigter oder ein Repräsentant oder eine zur Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes oder der Arbeiter ange-

Digitized by Google

nommene Person durch ein Verschulden in Ausführung der Dienstverrichtungen den Tod oder die Körperverletzung eines Menschen herbeigeführt hat.

Der Grund der verschiedenen Behandlung von Eisenbahnen, Bergwerken und Fabriken wird in den Motiven zum deutschen Haftpflichtgesetz folgendermaßen entwickelt:

„Man wird nicht zu weit gehen, wenn man annimmt, daß bei dem dermaligen Stande der Technik und der großen Menge von Hülfsmitteln und Erfahrungen ernste Unfälle im Eisenbahnverkehr sich durch Sorgfalt im Betriebe in der Regel vermeiden lassen. Die Unfälle im Bergbau dagegen sind oftmals die Folge des Einwirkens von Elementen und Naturkräften, welche sich auch der sorgfältigsten Controle entziehen. Ferner hat im Bergbau die selbstständige Thätigkeit des Arbeiters einen viel größeren Antheil am Betriebe, als bei den Eisenbahnen, wo es vornehmlich darauf ankommen wird, daß die dienstlichen Reglemente und Anweisungen von den Angestellten pünktlich befolgt werden. Beim Bergbau handelt es sich nicht um den Schutz des Publikums, sondern um den Schutz des Arbeiters gegen die Verschuldungen des Unternehmers, sowie der Bergwerksgenossen, und namentlich gegen die der eigenen Mitarbeiter selbst. Die Verantwortlichkeit des Werkbesitzers kann nicht füglich weiter ausgedehnt werden, als die Möglichkeit seiner Kontrole bei der Auswahl des zu verwendenden Personals reicht, und diese wird bei der großen Zahl der im Bergbau beschäftigten Arbeiter über letztere kaum zu führen sein. Der Hauptgesichtspunkt aber, welcher einer strengeren Haftungspflicht der Werkbesitzer entgegentritt und in den Abhandlungen des Dr. H. Achenbach über diesen Gegenstand mit Recht betont wird, ist der, daß jeder Bergmann in die Arbeit mit dem vollen Bewußtsein der Gefahren eintritt, welche aus der Mitarbeit zahlreicher Genossen ihm erwachsen können. Er weiß, daß ein einziger Mitarbeiter durch unzeitiges Oeffnen der Sicherheitslampe, durch Unvorsichtigkeit bei den Sprengarbeiten oder bei der Anwendung der Maschinen u. s. w. die Verstümmelung oder den Tod vieler Gefährten herbeiführen kann. Für die daraus entspringenden Schäden kann der Werkbesitzer nach Billigkeit nicht in Anspruch genommen werden, seine Haftung wird sich auf das eigene Verschulden und dasjenige seiner Techniker und Officianten beschränken müssen."

Das Bundesgesetz betreffend die Arbeit in den Fabriken verweist in Art. 5 auf ein späteres Gesetz und stellt inzwischen Bestimmungen auf, die es mit Unrecht Grundsätze nennt; in a

Digitized by Google

wird im Gegensatz zu den Eisenbahnen eine beschränktere Haftpflicht angenommen, in b dagegen die gleich ausgedehnte, welche somit die beschränktere in sich schließt.

Wollte das Fabrikgesetz die volle Haftbarkeit wie für die Eisenbahnen, so mußte litt. a wegbleiben, wollte es die beschränktere nach dem deutschen Haftpflichtgesetz, so mußte litt. b wegbleiben; die Aufnahme beider hat keinen Sinn. Der Gesetzgeber kann nicht im gleichen Athemzug in litt. a dem Verletzten den Beweis aufbürden, daß ein Verschulden vorliege, und in litt. b dieses Verschulden präsumiren. Wenn endlich am Schlusse des Artikels noch beigefügt wird: „im Uebrigen urtheilt bis nach Erlaß des Eingangs erwähnten Gesetzes der kompetente Richter über die Schadenersatzfrage, unter Würdigung aller Verhältnisse, nach freiem Ermessen", mithin alles in das Ermessen des Richters gestellt wird, so hätten litt. a und b beide füglich wegbleiben können. Nur der gründlich gebildete Jurist entscheidet in Fällen, die seinem Ermessen überlassen sind, nach den Grundsätzen der römischen æquitas, der weniger gebildete dagegen nothwendig mit grundsatzloser Willkür.

Wenn wir endlich noch einen Blick auf das französische Recht werfen, so stützt sich zwar die Theorie auf die weitgehenden Bestimmungen des oben erwähnten Art. 1384, ohne jedoch ein bedenkliches Schwanken der Praxis verhindern zu können. Die verschiedenen Ansichten treten am deutlichsten hervor in einem Entscheide der Cour royale de Toulouse vom 26. Jenner 1839 und dem Cassationsentscheid vom 28. Juni 1841.

Der Gerichtshof von Toulouse verneinte die Haftpflicht des Werkeigenthümers für Verletzungen, welche ein Arbeiter durch die Nachlässigkeit eines Mitarbeiters erleidet.

„Attendu que lorsque des individus salariés au même titre ont accepté des travaux dont les suites peuvent entraîner, par l'imprudence de l'un envers l'autre, des accidents possibles, si la responsabilité peut exister entre eux à cet égard, elle ne doit point s'étendre au maître, qui s'est affranchi, par le salaire promis, des chances du travail que les salariés ont accepté."

Der Cassationshof hob diesen Entscheid auf:

„Attendu que les dispositions du deuxiéme paragraphe de l'art. 1384 sont générales; que l'action en responsabilité contre les maîtres à raison de faits dommageables causés par leurs domestiques dans les fonctions auxquelles ils sont employés est admise sans distinction, sauf l'appréciation des faits qui la motivent; qu'enfin le salaire réglé entre le

Digitized by Google

maître et l'agent du dommage ne saurait affranchir le premier de toute responsabilité, quant au dommage causé à l'un de ses domestiques par l'imprudence d'un autre individu salarié au même titre dans un travail qui leur a été commandé en commun."

Nach den gleichen Grundsätzen wie Toulouse entschied auch der Gerichtshof von Lyon, allein gegenüber der Entscheidung des Cassationshofes und der allgemein lautenden Bestimmung des Art. 1384. C. c. konnte eine abweichende Praxis sich nicht bilden. Daß die französische Jurisprudenz jetzt allgemein die Haftbarkeit des Meisters auch dann annimmt, wenn die Verletzung aus Verschulden eines Mitarbeiters entstanden ist, ergibt sich aus:

Aubry et Rau IV, p. 760. Laurent, Principes XX, p. 625. Sourdat, Traité de la Responsabilité II, p. 148.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß weder das bernische Recht eine so allgemeine und ausgedehnte Haftung für fremde culpa, wie sie der Appellations- und Cassationshof angenommen, kennt, noch auch eine Berufung auf die allgemeinen Grundsätze des Rechts und der Gesetzgebung gerechtfertigt ist, denn das englische Recht anerkennt keine Haftpflicht des Werkbesitzers oder Dienstherrn für Verletzungen, welche durch das Verschulden eines Mitarbeiters herbeigeführt worden sind, und die französische Jurisprudenz hat eine solche erst nach einigem Schwanken und nur gestützt auf eine positive Gesetzesbestimmung angenommen; das deutsche Haftpflichtgesetz endlich nimmt sie nur an für den Eisenbahnbetrieb im engeren Sinne, nicht aber für Eisenbahnarbeiten überhaupt und noch weniger für Bergwerke, Fabriken, Steinbrüche u. s. w. Das Urtheil des Appellations- und Cassationshofes läßt sich daher nicht rechtfertigen, und es ist höchst zweifelhaft, ob der Gesetzgeber sich jemals entschließen könnte, eine so weitgehende allgemeine Haftpflicht grundsätzlich aufzustellen.

Seit der Ausfällung dieses Urtheils wurde das Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschifffahrtunternehmungen bei Tödtungen und Verletzungen, d. d. 1. Juli 1875, eingeführt, und es lohnt sich daher der Mühe, zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen die Eisenbahnunternehmung für Tödtungen und Verletzungen haftet. Die Art. 1 und 2 ertheilen uns hierüber den Aufschluß, daß diese Unglücksfälle *beim Bau* oder *beim Betrieb* stattgefunden haben müssen, und nach Art. 3 haftet die Eisenbahnunternehmung für ihre Angestellten und für andere Personen, deren sie sich

Digitized by Google

zum Betriebe des Transportgeschäftes, beziehungsweise zum Bau der Bahn bedient.

Der Redaktor des Gesetzes, Hr. Prof. Dr. Fick in Zürich, erklärt in seinen Motiven — siehe die schweiz. Rechts- und Einheitsbestrebungen, S. 147 — er habe sich möglichst strikt an den Wortlaut des deutschen Haftgesetzes gehalten, weil sich an dasselbe voraussichtlich nicht nur eine reichhaltige Literatur, sondern auch eine einheitliche Gerichtspraxis in den Entscheidungen des deutschen Reichsoberhandelsgerichts anschließen werde, wovon die Schweiz Nutzen ziehen könne. Wir sind daher berechtigt, für die Interpretation einzelner Ausdrücke unseres Gesetzes die Materialien des deutschen Haftgesetzes herbeizuziehen, und von der Voraussetzung auszugehen, daß dieselben in beiden Gesetzen im gleichen Sinne genommen seien. Nun wurde in der Presse der Wunsch ausgesprochen, daß eine Redaktion gewählt werde, wonach es unzweifelhaft sei, daß Tödtungen, welche beim Bau der Lokomotiven, Dampfschiffe und in fremden Maschinenwerkstätten vorkommen, nicht den Transportanstalten zur Last gebracht werden können. Hierauf antwortete der Gesetzesredaktor: „Unfälle, welche bei Erstellung von Betriebsmitteln vorkommen, werden selbstverständlich unter dieses Gesetz nur fallen, wenn und soweit die Erstellung derselben zum Betriebe der Anstalt gehört, wie z. B. wenn die betreffende Anstalt die Erstellung in eigenen Werkstätten vornehmen läßt, die zum Gesammtbetriebe des Unternehmens gehören. Hr. Fick rechnet somit zum Betriebe alles, was überhaupt von dem Unternehmer selbstständig ausgeführt wird, und bekennt sich zu dem Grundsatz, daß Fabriken unter anderen Grundsätzen stehen, je nachdem sie von einer Eisenbahngesellschaft oder von einer anderen Aktiengesellschaft betrieben werden, daß somit die größere oder geringere Haftbarkeit nicht in sachlichen, sondern in rein persönlichen Rücksichten ihren tieferen Grund habe. Wir theilen diese Ansicht nicht und unter dem Ausdruck Betrieb wird im deutschen Haftgesetz etwas ganz anderes verstanden, als Hr. Prof. Fick darunter versteht. Die Haftbestimmungen bei Eisenbahnen sind Ausnahmsbestimmungen, es wird denselben eine größere Haftpflicht auferlegt als anderen Personen; ihre Verantwortlichkeit wird gesteigert wegen der Gefahr, welche mit dem Eisenbahnbetrieb verbunden ist, und des Vertrauens in die Sicherheitsmaßregeln, welche das Publikum diesen Anstalten entgegenbringen muß. Die Gefahr ist aber nicht bei allen Theilen der Unternehmung in erhöhtem Maße vorhanden, sondern nur bei einem Theile derselben, nämlich beim Betriebe der Eisenbahn im engeren Sinne des

Digitized by Google

Wortes. Einladen und Ausladen eines freistehenden Wagens, Reparieren eines Wagens oder einer Locomotive in der Reparaturwerkstätte ist mit keiner besonderen Gefahr verbunden und eine besondere, gesteigerte, das gewöhnliche Maß überschreitende Haftbarkeit daher nicht erforderlich. Eine solche läßt sich nur rechtfertigen durch die Natur der Arbeiten, nicht aber durch die Person desjenigen, der sie ausführen läßt. Bei Berathung des deutschen Haftpflichtgesetzes ließ man es sich angelegen sein, die Bedeutung des Ausdruckes „Betrieb" genau und zweifellos zu umschreiben, und die Art, wie dieß geschehen ist, sollte in Zukunft die Auslegung des Hrn. Fick unmöglich machen:

Der Abgeordnete Lasker bemerkte in den Reichstagsverhandlungen: Anstand hat vielfach erregt der Ausdruck „bei dem Betriebe" und es ist der Versuch gemacht worden, denselben durch andere Ausdrücke, wie z. B. „bei der Personalbeförderung" oder „bei dem Fahrbetriebe" zu ersetzen. Es hat jedoch Einstimmigkeit aller Mitglieder, welche unter dem betreffenden Antrage unterzeichnet sind, bestanden und, irre ich nicht, so sind auch die Vertreter der Regierung unzweifelhaft der Meinung, daß unter dem Ausdruck „bei dem Betriebe" nur zu verstehen ist: der wirkliche Betrieb der Eisenbahnen nach ihrer Hauptfunktion, d. h. nach der Beförderung von Menschen und Gütern mit allen Vorbereitungen, die dazu gehören, also mit dem Rangiren der Wagen, mit dem Stellen der Weichen und mit dem Aufenthalte der Passagiere auf dem Eisenbahnperron zur Abreise, kurz und gut: alle diejenigen Betriebszweige, welche in Verbindung zu bringen sind mit der Hauptaufgabe der Eisenbahnen, sollen ausgedrückt werden durch das Wort „bei dem Betriebe". Dagegen ist Einverständniß auch darüber, daß man darunter nicht versteht die Betriebsarten, welche nicht zu dieser Hauptthätigkeit der Eisenbahn gehören und sogar regelmäßig mit der Eisenbahn verbunden zu sein pflegen." „So hat z. B. jede Eisenbahn an gewissen Stationen Fabrikanlagen, deren Thätigkeit selbstverständlich nicht zusammenfallen darf mit dem „Betriebe" der Eisenbahn, sondern deren Ersatzpflicht regulirt wird nach § 2. Bei allen Versuchen, die gemacht wurden, diesem Gedanken einen bessern Ausdruck zu geben, haben wir uns doch überzeugt, daß der Ausdruck „bei dem Betriebe" unzweifelhaft das feststellt, was von mir erläutert worden ist und vermuthlich von keinem andern Redner in Abrede gestellt, wahrscheinlich auch von den Vertretern der Regierung bestätigt werden wird, daß der Ausdruck Alles vollkommen niederlegt, was zur Interpretation und Handhabung des Gesetzes nothwendig sein wird."

Digitized by Google

In ähnlichem Sinn sprach sich Dr. Schwarze aus, es hafte nach seiner Ansicht die Eisenbahn für jeden Zufall, der mit Ausführungshandlungen des Betriebes in unmittelbarem Zusammenhange stehe, und dieß gelte auch von Delikten der Eisenbahnbeamten, soweit sie sich auf den Betrieb selber beziehen. Ferner sprach auch er sich dagegen aus, daß die Haftpflicht über die gewöhnlichen Fälle hinaus auf Unfälle ausgedehnt werden möchte, die bei Entladung stillstehender Eisenbahnwagen, bei den Hantirungen auf dem Güterboden entstehen würden u. s. w.

Der damalige Bundeskommissär Geh. Oberjustizrath Dr. Falk bestätigte nun, daß bei den Bundesregierungen in der That diejenige Auffassung der Worte „bei dem Betriebe" bestanden habe, die von den Herren Abgeordneten Lasker und Dr. Schwarze entwickelt worden sei, und fügte im Fernern bei: Man denke, daß das Gesetz nicht sagt: Der Eisenbahnunternehmer haftet für den betreffenden Schaden, der bei seiner Unternehmung entsteht, sondern es ist gesagt: Der Unternehmer haftet für den Schaden „beim Betriebe" der Eisenbahn und das Wort Eisenbahn hat hier den engeren Sinn, daß darunter verstanden ist der Bahnkörper mit seinen Schienen, auf dem eben das Eisenbahngewerbe betrieben wird, daß somit von denjenigen Unfällen im § 1 die Rede ist, die entstehen bei der „Vorbereitung, der Durchführung und dem Abschlusse des erwähnten Betriebes."

Gestützt auf diese Erläuterungen hat die bisherige Gerichtspraxis den Ausdruck „bei dem Betrieb" immer in dem erwähnten Sinne ausgelegt, und in Folge dessen das Gesetz nicht angewendet auf Verletzungen, welche nicht bei dem Betrieb, sondern ganz unabhängig von demselben sich ereignet haben, z. B. in einer Maschinenwerkstätte oder einer andern Räumlichkeit der Gesellschaft, oder wenn ein Arbeiter beschäftigt ist, einen entgleisten Wagen wieder auf die Räder zu heben u. s. w. Siehe den Kommentar von Kah, Seite 15 ff.

Da nun der Gesetzredaktor in seinen Motiven ausdrücklich erklärt hat, sich dem deutschen Gesetz anschließen zu wollen, damit uns auch die deutsche Literatur und Rechtsprechung zu Gute komme, so müssen wir auch dem Ausdruck „beim Betrieb" denjenigen Sinn beilegen, welchen Lasker, Schwarze und Falk ihm beigelegt haben, und dürfen uns nicht von vornherein durch die Autorität des Herrn Gesetzesredaktors auf falsche Bahnen führen lassen. K.

Stämpflische Buchdruckerei in Bern.

Digitized by Google

Zeitschrift

des

Bernischen Juristen-Vereins.

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung der Kantone Bern, Luzern, Aargau und Solothurn.

Band XIII. 2. Heft. 1877.

XV. Jahresversammlung des schweiz. Juristenvereins in Zürich

den 8. und 9. Juli 1877.

Verhandlungen vom 8. Juli.

I.

Beginn der Sitzung 10½ Uhr.

Anwesend circa 70 Mitglieder.

Präsident: Hr. Prof. Dr. A. v. Orelli in Zürich.

Vicepräsident: Hr. Dr. Meili, Advokat in Zürich.

Das Büreau wird bestellt durch die Herren:

Dr. Giesker, Advokat in Zürich und Ed. Odier, avocat à Genève.

Der Präsident, Herr Prof. Dr. A. v. Orelli, eröffnete die Versammlung mit folgender Rede:

Hochverehrte Versammlung!

Im Namen Zürich's und meiner Zürcher Kollegen heiße ich Sie, verehrte Herren, herzlich willkommen; willkommen zu ernster Arbeit und zu freundlich geselligem Zusammensein.

Digitized by Google

Es war im Jahr 1862, als der schweizerische Juristenverein nach seiner Anno 1861 in Luzern erfolgten Gründung hier in Zürich zusammentrat unter dem Präsidium des Herrn Professor Friedrich von Wyß, und hier durch diesen ausgezeichneten Rechtsgelehrten seine erste wissenschaftliche Weihe empfieng.

Schon damals schien es nicht ganz leicht, den an sich so berechtigten und lebensvollen Gedanken einer Verbindung der schweizerischen Juristen in's praktische Leben einzuführen und dem Verein eine dauernde Wirksamkeit zu sichern. Indessen dem freundlichen und thätigen Zusammenwirken aller Kräfte war es zu verdanken, daß in der ersten Jugendperiode in den Versammlungen zu Basel, Bern, Lausanne und Aarau das begonnene Werk erfolgreich durchgeführt wurde und das Interesse am Verein und die Zahl der Mitglieder fortwährend zunahm. Als nun in unserem Vaterlande eine Bewegung für eine durchgreifende Revision der 48er Bundesverfassung begann, wurde der Verein in diese Strömung hineingerissen. In der Versammlung in Solothurn im Jahre 1868 begnügte man sich nicht mehr, die Frage der Rechtseinheit in der Schweiz zu debattiren, sondern faßte Mehrheitsbeschlüsse, welche bei einem Theile eine gewisse Mißstimmung hervorriefen, weil sie sich nicht darauf beschränkten, die Mehrheitsansicht der anwesenden Mitglieder zu konstatiren, sondern zugleich für eine politische Tendenz Propaganda machen wollten. Immerhin war diese Wolke nicht derart, daß sie den Horizont für längere Zeit verdüstert hätte, und spätere Versammlungen, wie namentlich diejenige in Chur im Jahre 1873, haben wieder sehr interessante und fruchtbringende Arbeiten zu Tage gefördert und bei allen Theilnehmern die freundlichsten Eindrücke hinterlassen. Dagegen waren die beiden letzten Zusammenkünfte, 1874 in Schwyz und 1876 in Freiburg, nur spärlich besucht und scheint überhaupt der Eifer für unsere Vereinsthätigkeit erkaltet zu sein.

Digitized by Google

Der Hauptgrund für diese betrübende Wahrnehmung glaubt der Sprechende, welchem die unverdiente Ehre zu Theil geworden ist, Ihre dießjährige Verhandlung zu leiten, darin zu finden, daß der Verein in den Zwischenzeiten zwischen einer Versammlung und der nächsten kein Lebenszeichen von sich gibt. Von wissenschaftlichen Publikationen, wie sie z. B. die historische und die naturforschende Gesellschaft der Schweiz und der Alpenclub herausgeben, ist bei uns keine Rede. Beschlüsse über Herausgabe von Rechtsquellen, Zusammenstellung kantonaler Civilgesetze, Unterstützung vaterländischer Rechtszeitschriften sind zwar theils angeregt, theils wirklich gefaßt, indessen noch nie ausgeführt worden. Im Uebrigen hat man auch schon längst gefühlt, daß ein für etwas längere Zeit gewählter Centralvorstand viel geeigneter wäre, unser Interesse zu fördern, als wenn die Regierung alle Jahre wechselt und die Fortexistenz und die Thätigkeit des Vereins jeweilen nur von dem betreffenden Lokalkomite abhängt.

Es handelt sich also bei unserem dießjährigen Kongreß in erster Linie darum, den Verein zu kräftigen und durch eine andere Organisation neu zu beleben. Diesem Umstand ist es wohl wesentlich zuzuschreiben, daß Zürich die Ehre zu Theil wurde, den schweizerischen Juristenverein dieses Jahr bei sich zu empfangen, und daß Genf, welches ein näheres Anrecht hierauf besessen hätte, für das Jahr 1877 von der Bewerbung zurücktrat.

Ihr Komite legt Ihnen nun einen neuen Statutenentwurf vor, den Sie heute berathen und hoffentlich in Kraft erklären werden. Für den von mir gerügten Uebelstand des jährlichen Wechsels der Leitung wird hier Abhülfe geschafft und nach meiner unmaßgeblichen Ansicht dürfte es namentlich auch Aufgabe des neuen Centralkomite sein, zu erwägen, ob nicht ein besonderes Archiv, wenn auch in ganz zwangloser Weise, von uns herauszugeben sei, oder ob man sich für den Druck und die Herausgabe unserer Verhandlungen, allfälliger Spezialarbeiten, sowie auch etwa

Digitized by Google

kürzerer biographischer Notizen über verstorbene Mitglieder mit einer bestehenden Zeitschrift in Verbindung setzen wolle, wie dieß s. Z. (nämlich in den Jahren 1862—1868) mit der in Basel unter Schnell's trefflicher Leitung noch immer erscheinenden Zeitschrift für schweizerisches Recht der Fall gewesen war. Insbesondere aber dürfte es auch Aufgabe unseres Vorstandes sein, tüchtige Arbeiter auf dem Gebiete des vaterländischen Rechts materiell zu unterstützen und durch ehrende öffentliche Anerkennung auszuzeichnen. Ich erlaube mir nun dieses Letztere zu thun gegenüber der höchst verdienstvollen, klar und elegant geschriebenen Monographie unsers hochgeschätzten Komitemitgliedes Herrn Dr. Meili über die Haftpflicht der Postanstalten, welche er in so freundlicher Weise unserem Vereine dedicirte. Derselbe hat dadurch gerade im Sinne ihres jetzigen Vorstandes die neue Lebensperiode unsers Vereins mit einem Präcedens inaugurirt, welches hoffentlich nicht ohne Nachahmung bleiben wird.

Auch die treffliche und so brauchbare Arbeit eines andern, zwar abwesenden Mitgliedes, des Herrn Dr. Lardy in Paris, « les législations civiles des Cantons suisses en matières de tutelle, de régime matrimonial et de succession (1877) » glaube ich erwähnen zu sollen.

Man dürfte wohl dem Komite die Vollmacht geben, solche Publikationen durch Auszahlung von Prämien in Geld an den Verfasser zu ermuthigen, oder durch Uebernahme der Druckkosten zu erleichtern. Hierin läge auch ein Sporn für unsere schweizerische studirende Jugend, ihren Fleiß, Forschungstrieb und Begeisterung dem vaterländischen Recht zu weihen.

Indessen auch eine zweckmäßigere Organisation und selbst die Gründung eines eigenen publizistischen Organs sind nur äußere Mittel zur Belebung der Vereinsthätigkeit. Von einer erfolgreichen und dauernden Wirksamkeit wird nur dann die Rede sein können, wenn ein inneres Band uns umschließt.

Digitized by Google

Wir sind gewiß Alle darin einverstanden, und es ist dieß auch bei jeder Jahresversammlung ausgesprochen und betont worden, daß die Aufgabe des schweizerischen Juristenvereines wesentlich besteht in der Pflege des nationalen Rechtes, in der Schaffung und Erhaltung fester Grundlagen für das gemeinsame Bundesrecht. Nachdem die Bundesverfassung von 1874 in's Leben getreten, und durch dieselbe auch unser Bundesgericht eine erweiterte Kompetenz und als oberster Hüter des Rechtes eine so bedeutsame Stellung erhalten hat, sind uns auch unsere Ziele klar gesteckt. Ich glaube, ohne uns fürderhin darüber zu streiten, ob die Rechtseinheit voll und ganz oder nur in einem gewissen Umfang zu erstreben sei, sollen wir uns einfach auf einen praktischen Boden stellen, und unser Hauptaugenmerk darauf richten, die eidgenössischen Räthe bei ihren gesetzgeberischen Arbeiten zu unterstützen, gleichsam als Expertenkollegium ihnen zur Seite gehen, uns selbst zu belehren und dann das Volk, um den Boden zu ebnen für die Annahme der neuen Gesetze über Obligationenrecht, Konkursverfahren und Schuldbetreibung. Daher sollte wohl auch in jeder Versammlung der jeweilige Stand der eidgenössischen Gesetzgebung beleuchtet werden. Haben wir doch das Glück, in unserm Schooße eine Reihe hervorragender Mitglieder der Bundesversammlung und der betreffenden Gesetzgebungskommission zu besitzen. Sie werden es gewiß mit Ihrem Vorstande dankbar begrüßen, daß mein hochgeschätzter Kollege, Professor Hilty, die Gefälligkeit hat, uns über den gegenwärtigen Stand des noch in theilweiser Berathung liegenden Entwurfes eines eidgenössischen Obligationenrechts zu belehren.

Nicht minder ist die Behandlung des Art. 33 der Bundesverfassung, welche in Freiburg begonnen wurde, und dieses Jahr zu Ende geführt wurden soll, ein ebenso sach- als zeitgemäßes Thema für unsern Verein, denn es kann uns doch wahrlich nicht gleichgültig sein, welche praktische Tragweite die Freigebung der Advokatur haben soll, und

Digitized by Google

wie sich die juristischen Universitätsstudien dazu verhalten. Unzweifelhaft liegt gerade eine sehr schöne, aber eigenthümliche Aufgabe unsers Vereins darin, das wissenschaftliche Leben und Streben in unsern Berufsgenossen wach zu erhalten und stets auf's Neue wieder zu beleben. In der Schweiz ist diese Aufgabe um ihrer politischen Zustände willen schwieriger als in monarchischen Staaten.

Auch wir erblicken in unabhängigen und gut bestellten Gerichten, und namentlich jetzt in unserem Bundesgerichte, eines der wirksamsten Schutzmittel der Rechte und Freiheiten der Bürger, allein unsere höchsten Gerichtshöfe in Bund und Kantonen sind nicht nothwendig aus Rechtsgelehrten besetzt, und für die Ausübung der Advokatur wird in sehr vielen Kantonen gar kein wissenschaftlicher Ausweis verlangt. Und doch wird die Praxis jedem gewissenhaften Juristen tagtäglich nahe legen, wie nothwendig die stetige Pflege der Jurisprudenz und wie bedeutsam eine nach allen Seiten wohlerwogene Gesetzgebung ist.

Während wir uns also, eingedenk des Spruches: « potius juris ignorantia litigiosa est quam scientia » vor Verflachung hüten sollen, dürfen wir als echte Republikaner den lebendigen Contakt mit dem Volke, seinen Anschauungen und Bedürfnissen nie verlieren und sollen ja nicht eine abgeschlossene Kaste bilden wollen.

Also die Pflege des nationalen Rechtes und der Hebung des schweizerischen Juristenstandes sind unsere Aufgabe, und hierin liegt das innere Band, das uns umschlingen soll. Vorwärts mit vereinten Kräften, dieß möchte ich Ihnen als Gruß und Losungswort heute zurufen!

Ich kann indessen meine Ansprache an Sie, verehrte Herren und Freunde! nicht schließen, ohne noch mit einigen kurzen Worten der Männer zu gedenken, die noch vor Kurzem eine Zierde unseres Vereins waren, und die leider heute nicht mehr unter uns weilen. Zwar hat dieß schon voriges Jahr unser gewesene verehrte Vereinspräsident, Herr

Digitized by Google

J. Gendre, in trefflicher Weise in Freiburg gethan, mit Bezug auf die hervorragenden Koryphäen, welche der unerbittliche Tod in den letzten Jahren uns entriß; allein es ist mir Bedürfniß, gerade hier Worte dankbarer Anerkennung und pietätsvoller Erinnerung den Dahingeschiedenen zu widmen, und da ich meine heutige Rede mit einem kurzen historischen Rückblicke auf die Geschichte unseres Vereines eröffnete, so möchte ich auch in dieser zwar vielleicht unvollständigen Todtenschau zurückgehen in die Vergangenheit.

Das Jahr 1869 raubte uns Dr. Emil Sulzberger von Winterthur, Anwalt in Zürich. Er war der Typus eines gründlich gebildeten und höchst gewissenhaften Advokaten, eine allgemein geachtete Persönlichkeit, auf den Shakespeares Wort Anwendung findet: «He was a man».

Ferner Max. Gottofrey von Lausanne, gewesener Appellationsrichter, der in den ersten Jahren regelmäßig unsere Versammlungen besuchte und durch seine Liebenswürdigkeit jeden einnahm. Im Jahre 1871 starb Landammann Sailer von St. Gallen, ein hervorragender Staatsmann seines Heimatkantons, ein verständiger Jurist und daneben ein feuriger Patriot und begeisterter Dichter.

J. Leuenberger von Bern, der als Professor wie als tüchtiger Anwalt sich so große Verdienste um die Pflege des bernischen Rechtes erworben hat.

Das Jahr 1873 war für uns ein besonderes schmerzenvolles, es verzeichnete uns als in die ewige Heimat abgegangen: Jos. Bühler, gewesener Obergerichtspräsident des Kantons Luzern, eine biedere ernste Natur, ein Mann, der mit der größten Gewissenhaftigkeit nur seinem Amte lebte. Kurz vor seinem Tode wurde er noch in das Bundesgericht und in den Nationalrath gewählt, allein es war ihm nicht mehr vergönnt, hier zu wirken. Allzu früh entriß ihn der unerbittliche Tod dem Vaterland und seinen Freunden.

Bald folgte ihm der so begabte, in seiner Sprache so elegante, in seinem ganzen Wesen so liebenswürdige, uns

Digitized by Google

Allen unvergeßliche W. Munzinger von Solothurn, Professor in Bern, der Schöpfer und Bahnbrecher einer eidgenössischen Civilgesetzgebung. Endlich ist aus diesem gleichen Jahre noch zu erwähnen ein harmloser, schlichter Mann, der so gerne unsere Versammlungen besuchte, alt-Oberrichter Franz Krutter von Solothurn, eine echte Dichternatur und eine unscheinbare Perle, wie ihn Alfred Hartmann in seinem Nekrologe nennt.

Ende 1874 (wenn ich recht berichtet bin) verschied Professor Henri Jacottet von Neuenburg, ein ausgezeichneter Rechtsgelehrter und anregender, beliebter Dozent an der dortigen Akademie.

Im Jahre 1875 starb der greise Casimir Pfyffer von Luzern, so lange der Nestor der schweizerischen Juristen, der bei der Gründung des Vereins uns seine lebhaften Sympathien entgegenbrachte, ein Mann von unerschütterlichen Grundsätzen, der Gesetzgeber seines Kantons, dem die Universitäten Zürich und Bern bei seinem 50jährigen Doktorjubiläum im Jahre 1870 ihre aufrichtigen und herzlichen Glückwünsche darbrachten.

Ferner der schlichte M. Kothing von Schwyz, eine Nathanael-Seele, ohne Falsch, ein treuer Eidgenosse aus der Urschweiz, ein ausgezeichneter Historiker und Archivar.

Und endlich der gründlich gebildete Dr. J. J. Blumer von Glarus, die Zierde des früheren und des neuen Bundesgerichtes, dem auch unser Verein so Vieles verdankt und den die ganze Schweiz nie vergessen wird.

Das verflossene Jahr 1876 raubte uns den feingebildeten, geistreichen und scharfsinnigen Dr. J. Jakob Rüttimann von Regensberg, der mit einem wahren Bienenfleiße arbeitend, zuerst als Anwalt, dann als Staatsmann, Professor und Schriftsteller sich auszeichnete und dessen Name insbesondere um seiner Studien auf dem Gebiete des englisch-amerikanischen Rechtes willen, auch außerhalb der Grenzen unseres Landes bekannt und geschätzt ist.

Digitized by Google

Mögen sie Alle im Frieden ruhen!

Tiefe Wehmuth beschleicht uns Alle und ergreift insbesondere auch Ihren Sprecher, der das Glück gehabt hat, mit vielen dieser edeln Männer in näheren Beziehungen gestanden zu haben. Doch das Wort des römischen Dichters Horaz: «non omnis moriar magnaque pars mei vitabit Libitinam» gilt von ihnen Allen. In ihren Werken und in unserer Erinnerung leben sie fort.

Mögen jüngere Kräfte allmälig nachrücken und eintreten in die Fußstapfen jener verewigten Veteranen; möge der schweizer. Juristenverein unserer studirenden Jugend den Impuls geben, Kopf und Herz offen zu halten für alles Große und Schöne, das unser Beruf bietet, für den Ernst der Aufgabe und für das gegenseitige Verständniß der deutschen und der romanischen Anschauung. Mögen wir Alle heute uns gegenseitig geloben, jeder das Seinige beizutragen zum Gedeihen unseres Vereins und damit zum Wohl unseres theuern Vaterlandes.

In diesem Sinne erkläre ich die 15. Sitzung des schweizer. Juristenvereins für eröffnet.

II.

Aufnahme neuer Mitglieder.

Es liegen folgende Anmeldungen zur Aufnahme in den Verein vor:

Aus dem Kt. Zürich: Hr. Härlin, A., Advokat in Zürich.
„ Heller, M., Advokat in Winterthur.
„ Kappeler, A., Dr., Staatsanwalt in Zürich.
„ Körner, Ernst, in Zürich.
„ Nägeli, Alfr., Dr., in Volketschwyl.
„ Rüscheler, Conr., in Zürich.
„ Ryf, J., Dr., Advokat in Zürich.
„ Schurter, Bezirksgerichtsschreiber in Zürich.

Digitized by Google

Aus dem Kt. Zürich: Hr. Schwarz, E., Advokat in Zürich.
„ Spöndlin, R., Dr., Adv. in Zürich.
„ Stockar, C., Dr., Vicepräsident des Bezirksgerichts in Zürich.
„ Stockar-Egliert, Dr., Bezirksrichter in Zürich.
„ Strohecker, A., Advokat in Zürich.
„ Sträuli, E., Dr., Obergerichtspräsident in Winterthur.
„ Usteri, P., Dr. jur. in Zürich.
„ Wolfer, Hs., in Zürich.
„ v. Wyß, H., Substitut des Bezirksgerichtsschreibers in Zürich.
„ Zürcher, M., Rechtsagent in Zürich.
„ Meyerhans, Advokat in Zürich.
„ Niederer, G., Redaktor in Zürich.

Aus dem Kt. Bern: „ Lienhard, Herm., Notar, Sekretär der Dir. des Innern in Bern.

Aus dem Kt. Luzern: „ Bieri, Ed., Dr., Fürsprech in Entlebuch.
„ Schürmann, M., Gerichtsschreiber in Luzern.

Aus dem Kt. Zug: „ Boßhard, G., Fürsprech in Zug.
„ Stadler-Stocker, Gerichtsschreiber in Zug.

Aus dem Kt. Basel (Stadt): Hr. Alioth, Alfr., Dr., Civilgerichtsschreiber in Basel.
„ Blanchet, F., Dr., in Basel.
„ Christ, Ad., Substitut des Staatsanwaltes in Basel.
„ Grüninger, Rob., Dr., Advokat in Basel.
„ Iselin, Isak, Dr., Advokat in Basel.
„ Lichtenhahn, R., Dr., Adv. in Basel.

Digitized by Google

Aus dem Kt. Basel (Stadt): Hr. Miescher, Karl, Dr., Subst. des Civilgerichtsschreibers in Basel.
„ Scheuermann-Zeller, S. Dr., in Basel.
„ Schönauer, H., Sohn, Dr., in Basel.
„ Siegfried, Traugott, Adv. in Basel.
„ Siegmund, Ludw., Dr., in Basel.
„ Speiser, Paul, Dr. Prof. und Civilgerichtspräsident in Basel.
„ Speiser, Fr., Dr., in Basel.
„ Strähl, G. A., Fürsprech in Basel.
„ Temme, Rich., Dr., Adv. in Basel.
„ Tobler, Karl, Dr., in Basel.
„ Zutt, Rich., Untersuchungsrichter in Basel.

Aus dem Kt. Basel (Landsch.): „ Feigenwinter-v. Blaarer, Fürsprech in Arlesheim.

Aus dem Kt. Aargau: Hr. Haller, Th., Nationalrath und Fürsprech in Brugg.
„ Käppeli, G., Dr., Regierungsrath in Aarau.
„ Renauld, Fürsprech in Baden.

Aus dem Kt. Thurgau: „ Streng, Alfr., Dr., in Kreuzlingen.

Aus dem Kt. Wallis: „ Bürcher, J. M., Adv. in Brieg.
„ Clausen, Advokat und Bundesgerichtssuppleant in Brieg.

Aus dem Kt. Genf: „ Ador, Advokat in Genf.
„ Pictet, juge de paix, à Genève.

Sämmtlichen Gesuchen wird entsprochen.

Digitized by Google

Nach Aufnahme dieser neuen Mitglieder erfolgt auf Vorschlag des Comite die Ernennung dreier Ehrenmitglieder, nämlich:

1) des Hrn. Geheimrath Prof. Dr. J. C. Bluntschli in Heidelberg.
2) des Hrn. Prof. Alphons Rivier in Brüssel.
3) des Hrn. Prof. Emilio Brusa in Modena.

III.

Revision der Statuten.

Der Referent, Herr Oberrichter Dr. Schneider in Zürich, macht auf die Dringlichkeit der Statutenrevision aufmerksam. Dieselbe sei schon zu wiederholten Malen angeregt worden, und die endliche Anhandnahme derselben in der letzten Versammlung in Freiburg lediglich an dem Umstande gescheitert, daß letztere sehr schwach besucht war. Die Stellung des Vereins sei eine ganz andere, als zur Zeit seiner Gründung; während damals nur das Streben nach einer Vereinheitlichung im Gebiete des Civilrechts in Betracht gekommen, so habe man nunmehr dieselbe zum Theil erreicht, und es handle sich darum, die in der neuen Bundesverfassung niedergelegten einschlagenden Bestimmungen auszubauen. Zu dieser Aufgabe seien aber vor Allem aus die schweiz. Juristen berufen, und es solle deßhalb der Verein nach dieser Seite hin eine regere Thätigkeit entwickeln, als bis anhin, was aber nur dann möglich sei, wenn derselbe durch eine festere Organisation aus seiner notorischen Lauheit auferweckt werde. Zu diesem Behufe schlage der neue Entwurf, abgesehen davon, daß er in seinen Bestimmungen präciser und artikulirter sei, als die bisherigen Statuten, zwei Neuerungen vor, nämlich: 1) Die Wahl eines während längerer Zeitdauer funktionirenden Centralcomite's, und sodann 2) Die Errichtung eines eigenen Organs für allfällige Publikationen. Hinsichtlich des ersten Punktes weist Redner auf die Inkonvenienz hin, daß das

Digitized by Google

Comite bis anhin nur durch und für den jeweiligen Festort bestellt worden und daher in der Zwischenzeit kein Organ vorhanden gewesen sei, welches in anregender Weise auf die Thätigkeit der einzelnen Sektionen hätte einwirken können. Was dann die vom Verein ausgehenden Publikationen anbelange, ob nan sich an eine bestehende juridische Zeitschrift anschließen, oder ein eigenes Organ gründen wolle, so erwähnt der Referent zur Unterstützung der letztern Ansicht, daß eine früher lange bestandene Vereinigung mit der Zeitschrift für schweiz. Recht sich später (1869) wieder gelöst habe.

Die Versammlung entscheidet die Frage, ob artikelweise Berathung des Statutenwurfes oder allgemeiner Rathschlag erfolgen solle, im erstern Sinne.

Der Entwurf lautet:

Digitized by Google

Statuten

der

juristischen Gesellschaft der Schweiz.

---

§ 1.

Die Gesellschaft bezweckt:

a) die Rechtswissenschaft in der Schweiz zu pflegen, insbesondere die Kenntniß des schweizerischen Bundesrechtes und der kantonalen Rechte im Vaterlande möglichst zu verbreiten;

b) die Glieder des schweizerischen Juristenstandes in freundschaftliche Beziehungen zu einander zu bringen.

§ 2.

Mitglieder der Gesellschaft können diejenigen wissenschaftlich gebildeten Männer werden, welche sich mit Rechtswissenschaft, Rechtspflege oder Gesetzgebung beschäftigen. Die Anmeldung geschieht beim Vorstande; über dieselbe entscheidet die Mehrheit der in der Generalversammlung Anwesenden.

§ 3.

Der Austritt geschieht durch schriftliche Anzeige an den Vorstand.

§ 4.

Zur Bestreitung der Auslagen der Gesellschaft zahlt jedes Mitglied ein Eintrittsgeld von 5 Fr. und einen jährlichen Beitrag von 2 Fr.

Digitized by Google

Statuts

de la Société des juristes suisses.

Art. 1er.

La Société a pour but:

a/ de faire progresser autant que possible la science du droit en Suisse, et en particulier la connaissance du droit fédéral suisse et du droit cantonal;

b/ d'établir des relations amicales entre les juristes suises.

Art. 2.

Peuvent faire partie de la Société toutes les personnes du sexe masculin possédant des connaissances scientifiques et s'occupant de la jurisprudence, de la juridiction ou de la législation. Les candidats doivent s'inscrire auprès du Comité; la majorité des membres présents à l'Assemblée générale prononce sur leur admission.

Art. 3.

Les démissions sont annoncées par écrit au Comité.

Art. 4.

Pour couvrir les dépenses de la Société, chaque membre paie un droit d'entrée de frs. 5 et une cotisation annuelle de frs. 2.

Digitized by Google

§ 5.

Die Gesellschaft hält in der Regel jährlich, wenigstens je nach 2 Jahren, eine Generalversammlung an einem jeweilen zu bestimmenden Orte, wobei möglichst unter den im Verein vertretenen Kantonen abgewechselt werden soll. Dieselbe wird durch das Lokalkomite geleitet.

§ 6.

Der Generalversammlung liegt ob:

a) die Aufnahme neuer Mitglieder;
b) die Wahl des Vorstandes und seines Präsidenten;
c) die Festsetzung des künftigen Versammlungsortes;
d) Wahl des Präsidenten für das Lokalkomite dieses Versammlungsortes;
e) Abänderung der Statuten;
f) Diskussion der ihr vom Vorstande oder einzelnen Mitgliedern vorgelegten juristischen Fragen;
g) Anhörung wissenschaftlicher Vorträge.

§ 7.

Der Vorstand besteht aus 7 Mitgliedern, von denen eines der jeweilige Präsident des Lokalkomite (§ 6 lit. d) ist. Die Amtsdauer der übrigen 6 Mitglieder beträgt 3 Jahre.

§ 8.

Dem Vorstand liegt ob:

a) die Wahl seines Vicepräsidenten, seines Quästors und Aktuars;
b) die Bestellung des Lokalkomite für die Generalversammlung außer der Wahl des Präsidenten;
c) die Vorbereitung der von der Generalversammlung zu behandelnden Geschäfte und die Ausführung ihrer Be-

Digitized by Google

Art. 5.

L'*Assemblée générale* de la Societé a lieu dans la règle toutes les années, et au moins de deux années l'une; le lieu de la réunion sera déterminé chaque fois, en ayant soin, autant que possible, d'établir une alternance entre les Cantons représentés dans la Société. Le Comité local du lieu de la réunion forme le bureau de l'assemblée.

Art. 6.

Les attributions de l'Assemblée générale sont les suivantes:

a) Réception de nouveaux membres.
b) Election du Comité central et de son Président.
c) Fixation du lieu de la prochaine assemblée générale.
d) Election du Président du Comité local de l'assemblée générale.
e) Modifications à rapporter aux statuts.
f) Discussion sur les questions juridiques présentées par le Comité central ou par les membres.
g) Audition des mémoires sur des sujets scientifiques de droit.

Art. 7.

Le *Comité central* est composé de 7 membres; le Président du Comité local (art. 6, lettre *d*) en fait partie de droit; la durée des fonctions des 6 autres membres est de 3 ans.

Art. 8.

Les attributions du Comité central sont les suivantes:

a) Nomination de son Vice-Président, de son Caissier et de son secrétaire.
b) Nomination du Comité local pour l'Assemblée générale, à l'exception du Président.
c) Elaboration des objets à traiter par l'Assemblée générale, exécution des décisions de cette assemblée, et

Digitized by Google

schlüsse, insbesondere die Ueberwachung der von ihr ausgehenden Publikationen;

d) die Vertretung der Gesellschaft nach außen;

e) Berichterstattung an die Generalversammlung über die Thätigkeit der Gesellschaft seit der letzten Versammlung.

§ 9.

Insbesondere ist der Vorstand beauftragt, die juristische Publizität der Schweiz zu unterstützen, sei es durch Ausschreibung von Preisaufgaben über wichtige Fragen des Bundesrechts, sei es durch Subventionirung der Herausgabe schweizerischer Rechtsquellen oder anderweitiger Publikationen, wie Uebersetzungen wichtiger Erscheinungen der schweizerischen Rechtsliteratur u. dgl.

Zu diesem Zwecke ist ihm jeweilen von der Generalversammlung der nöthige Kredit auszuwerfen.

Digitized by Google

en particulier surveillance des publications émanant de la Société.

d) Représentation de la Société à l'extérieur.

e) Rapport à présenter à l'Assemblée générale au sujet de l'activité de la Société depuis la dernière Assemblée générale.

Art. 9.

Le Comité central est spécialement chargé d'encourager les publications sur la jurisprudence suisse, soit en mettant au concours les questions les plus importantes du droit fédéral, soit au moyen de subventions accordées pour la publication des sources du droit suisse ou d'autres ouvrages, ou pour la traduction des particularités intéressantes de la littérature suisse en matière de jurisprudence, etc. Dans ce but, le crédit nécessaire lui est alloué chaque fois par l'Assemblée générale.

Digitized by Google

Mit Hinsicht auf den Titel des Vereins erwähnt das Präsidium, daß Herr Prof. Lehr aus Lausanne wünschte, es möchte im französischen Text anstatt société des juristes suisses heißen: « Société suisse de juristes. »

M. *de Seigneux* se joint à la modification proposée par M. Lehr. Il explique que si l'on adopte le titre de Société des juristes suisses, on pourrait en déduire que la société sera composée exclusivement de juristes de nationalité suisse, et que les étrangers en seraient exclus. — La question a donc son importance et il conviendrait de la traiter à ce point de vue.

Herr Dr. Weibel beantragt, im deutschen Text anstatt des Ausdrucks „juristische Gesellschaft der Schweiz" sich des herkömmlichen „schweizerischer Juristenverein" zu bedienen.

M. *Jeanneret* désire que la décision sur ce point soit renvoyée à la discussion de l'article 2.

Referent hält an der Fassung des Entwurfs gegenüber Dr. Weibel fest, findet sich aber, nachdem Herr Prof. König Letzteren unterstützt, veranlaßt, sich ebenfalls dem Antrage des Herrn Dr. Weibel anzuschließen, welcher sodann einstimmig angenommen wird.

Referent constatirt, daß es sich nunmehr von selbst verstehe, daß es im französischen Text nach dem Vorschlag von Herrn Lehr heißen müsse: Société suisse des juristes.

Zu Art. 1 übergehend, bemerkt er, daß er sich mit dem Wunsche von Prof. G. Vogt einverstanden erkläre, anstatt „Bundesrecht" zu sagen: „eidgenössisches Recht". Art. 1 wird mit dieser Modifikation angenommen.

Une proposition de M. *Jeanneret* qui veut confier la rédaction définitive du texte français au comité central, est acceptée.

Art. 2. Referent beantragt folgenden Zusatz: „Der Verein kann Ehrenmitglieder ernennen", und es wird dieser, sowie die von H. Gendre vorgeschlagene Uebersetzung: « la

Digitized by Google

Société reçoit des membres honoraires» angenommen, im Uebrigen die im Entwurfe vorliegende Fassung des Art. 2 bestätigt.

Art. 3 wird nicht beanstandet.

Art. 4. Herr Dr. Meili wünscht, daß der in Ar. 4 auf 2 Fr. festgesetzte Jahresbeitrag auf 5 Fr. erhöht werde.

M. *Rambert* veut que l'assemblée générale annuelle décide chaque fois sur ce point.

Der Referent schließt sich diesem Antrage an, ebenso Dr. Meili, jedoch mit der Modifikation, daß das Comite den Jahresbeitrag bestimmen solle.

Prof. König hält an dem festen Jahresbeitrag von 5 Fr. fest, und es dringt dieser Antrag gegenüber demjenigen von Herrn Rambert durch.

Art. 5. Herr Prof. König will, daß man daran festhalte, daß alljährlich eine Versammlung stattfinde, um so mehr, da ja gerade in diesen Statuten ein größeres Arbeitsfeld für den Verein vorgesehen sei.

Herr Dr. Meili macht darauf aufmerksam, daß einzig deßhalb von der in den Statuten aufgestellten Bestimmung abgewichen worden sei, weil man dieselben faktisch in den letzten Jahren doch nicht innegehalten habe, worauf Herr Prof. König erwidert, daß eine solche Erfahrung noch nicht dazu berechtige, von den Statuten, welche eine jährliche Versammlung vorschreiben, abzuweichen. Zudem läge darin die Gefahr, daß der Vorstand nach seiner Bequemlichkeit über Abhalten oder Nichtabhalten einer Jahresversammlung verfügen würde.

Herr Prof. v. Orelli und Herr Gendre weisen nach, daß die Verschiebungen in den letzten Jahren in Berücksichtigung bestimmter Verhältnisse stattfanden.

Letzterer, sowie der Referent halten übrigens an der Fassung des Entwurfes fest, unterliegen aber dem Antrage König gegenüber, welcher die Worte „in der Regel" streichen will.

Digitized by Google

Art. 6. Auf Vorschlag des Referenten wird lit. a der Zusatz beigefügt: „und die Ernennung allfälliger Ehrenmitglieder“ und die Diskussion über lit. d verschoben auf die Abstimmung über Art. 7, der übrige Inhalt des Artikels hingegen angenommen.

Art. 7. Der Referent ersieht in diesem Artikel die wichtigste Neuerung des Entwurfes. Es sei bei der größern Competenz thunlich, die Mitgliederzahl des Comite von 5 auf 7 zu vermehren, sowie der bessern Verbindung halber das Präsidium des Lokalcomite's zugleich mit einem Mitgliede des Centralcomite's zu besetzen.

Referent beantragt, in § 6 lit. d und § 7 am Entwurf festzuhalten.

Herr Dr. Blattner stellt folgendes Amendement: „Der Vorstand besteht aus 7 Mitgliedern. Die Amtsdauer derselben beträgt 3 Jahre.“ (Das Lokalcomite solle in § 8 lit. b geregelt werden.)

Herr Prof. König unterstützt in erster Linie Herrn Blattner, und stellt eventuell den Antrag, den § 7 folgendermaßen zu fassen: Der Vorstand besteht aus 7 Mitgliedern, von denen Eines dem jeweiligen Lokalcomite angehört; die Amtsdauer der übrigen Mitglieder beträgt 3 Jahre.

Herr Dr. Weibel nimmt den eventuellen Antrag Königs als Hauptantrag auf.

Für den Antrag Blattner spricht sich noch Herr Fürsprech Aebi aus.

In der Abstimmung siegt der Antrag Blattner gegenüber dem Entwurfe, nachdem Herr Weibel seinen Antrag zurückgezogen hat.

Mit dieser Entscheidung fällt auch lit. d in § 6 dahin.

Art. 8. Herr Oberrichter Schneider beantragt, in lit. b die 4 letzten Worte zu streichen.

Herr Bundesrichter Morel will lit. b ganz streichen, und in lit. c hinzusetzen: „und Leitung“ der von der Generalversammlung u. s. f.

Digitized by Google

Der Herr Referent erklärt sich mit diesem zweiten Vorschlag einverstanden, will aber lit. b aufrecht erhalten. Es solle doch gesagt sein, wer das Lokalcomite ernenne.

Herr Morel macht darauf aufmerksam, daß, wenn sein Vorschlag, lit. b fallen zu lassen, durchgehe, auch der Schlußsatz in § 5 wegbleiben müsse.

Herr Kantonsgerichtspräsident Aeppli unterstützt den Vorredner. Der historische Verein am Bodensee habe auch nur ein Central- und kein Lokalcomite und befinde sich wohl dabei.

Herr Regierungsrath Dr. Schoch beantragt statt lit. b in lit. c zu sagen: Die Anordnung . . . . . der Generalversammlung.

Herr Weibel ist der Ansicht, die Bestellung des Lokalcomite's sei nicht Sache der Generalversammlung, sondern des Vorstandes.

Herr Prof. König unterstützt den Antrag Schoch, mit welchem sich Morel und der Referent vereinigten. Es wird dieser einstimmig angenommen mit dem von Morel gemachten Zusatz zu lit. c.

Es wird hierauf Art. 8 mit einigen weitern redaktionellen Verbesserungen angenommen.

Art. 9. Herr Meili befürwortet, entgegen den Abänderungsanträgen der Herren Jeanneret und Prof. Hornung, die Fassung des Entwurfes, welche hierauf angenommen wird.

Auf Antrag des Referenten erfolgte nun die Annahme der Statuten im Ganzen so, wie sie aus der Berathung hervorgegangen sind. Dieselben lauten:

Digitized by Google

Statuten
des
Schweizerischen Juristenvereins.

§ 1.

Der Verein bezweckt:

a) die Rechtswissenschaft in der Schweiz zu pflegen, insbesondere die Kenntniß des eidgenössischen Rechts und der kantonalen Rechte im Vaterlande möglichst zu verbreiten;

b) die Glieder des schweizerischen Juristenstandes in freundschaftliche Beziehungen zu einander zu bringen.

§ 2.

Mitglieder des Vereins können diejenigen wissenschaftlich gebildeten Männer werden, welche sich mit Rechtswissenschaft, Rechtspflege oder Gesetzgebung beschäftigen. Die Anmeldung geschieht beim Vorstand; über dieselbe entscheidet die Mehrheit der in der Generalversammlung Anwesenden.

Der Verein ernennt Ehrenmitglieder.

§ 3.

Der Austritt geschieht durch schriftliche Anzeige an den Vorstand.

§ 4.

Zur Bestreitung der Auslagen des Vereins zahlt jedes Aktivmitglied ein Eintrittsgeld von 5 Fr. und einen jährlichen Beitrag von 5 Fr.

Digitized by Google

Statuts
de la Société suisse des juristes.

Art. 1er.

La Société a pour but:

a) de faire progresser en Suisse la science du droit et en particulier la connaissance du droit fédéral suisse et des législations cantonales;

b) d'établir des relations amicales entre les juristes suisses.

§ 2.

Peuvent faire partie de la Société tous ceux qui, possédant une culture scientifique générale, s'occupent de l'étude ou de la pratique du droit. Les candidats doivent s'inscrire auprès du comité. La majorité des membres présents à l'Assemblée générale prononce sur leur admission.

La société peut en outre nommer des membres honoraires.

Art. 3.

Les démissions sont annoncées par écrit au Comité.

Art. 4.

Pour couvrir les dépenses de la Société chaque membre effectif paie un droit d'entrée de frs. 5 et une cotisation annuelle de frs. 5.

Digitized by Google

§ 5.

Der Verein hält alljährlich eine Generalversammlung.

§ 6.

Der Generalversammlung liegt ob:

a) die Aufnahme neuer Mitglieder;
b) die Ernennung der Ehrenmitglieder;
c) die Wahl des Vorstandes und seines Präsidenten;
d) die Festsetzung des künftigen Versammlungsortes, wobei möglichst unter den im Verein vertretenen Kantonen abgewechselt werden soll;
e) Abnahme des Jahresberichtes, der Jahresrechnung und Ernennung eines Rechnungsrevisors für das künftige Jahr;
f) Diskussion der ihr vom Vorstande oder einzelnen Mitgliedern vorgelegten juristischen Fragen;
g) Anhörung wissenschaftlicher Vorträge;
h) Berathung und Beschlußfassung über Anträge betreffend Abänderung der Statuten.

§ 7.

Der Vorstand besteht aus 7 Mitgliedern. Die Amtsdauer derselben beträgt 3 Jahre.

§ 8.

Dem Vorstand liegt ob:

a) die Wahl seines Vicepräsidenten, seines Quästors und Aktuars;
b) die Anordnung und Vorbereitung der Generalversammlung und der an derselben zu behandelnden Geschäfte, die Leitung der Generalversammlung und die Ausführung ihrer Beschlüsse;

Digitized by Google

Art. 5.

La Société tient chaque année une Assemblée générale.

Art. 6.

Les attributions de l'Assemblée générale sont les suivantes :

a/ Réception de nouveaux membres;
b/ Election de membres honoraires;
c/ Election du Comité et de son Président;
d/ Fixation du lieu de la prochaine Assemblée générale. Ce lieu doit autant que possible alterner entre les divers Cantons représentés dans la Société;
e/ Examen du rapport et du compte-rendu du Comité et nomination du réviseur pour le prochain exercice;
f/ Discussion des questions juridiques présentées par ses membres ou par le Comité;
g/ Examen des mémoires présentés;
h/ Examen des propositions relatives à des modifications à apporter aux statuts.

Art. 7.

Le *Comité* est composé de 7 membres nommés pour 3 ans.

Art. 8.

Le Comité

a/ nomme son Vice-président, son caissier et son secrétaire;
b/ il prend les mesures nécessaires pour la réunion de l'Assemblée générale et pour les sujets à traiter par elle. Il préside l'Assemblée et pourvoit à l'exécution de ses décisions;

Digitized by Google

c) die Anordnung und Ueberwachung der vom Vereine ausgehenden Publikationen;
d) die Vertretung des Vereins nach außen;
e) Rechnungsstellung und Berichterstattung an die Generalversammlung über die Thätigkeit des Vereins seit der letzten Versammlung.

§ 9.

Insbesondere ist der Vorstand beauftragt, die juristische Publizistik der Schweiz zu unterstützen, sei es durch Ausschreibung von Preisaufgaben über wichtige Fragen des eidgenössischen Rechts, sei es durch Subventionirung der Herausgabe schweizerischer Rechtsquellen oder anderweitiger Publikationen, wie Uebersetzungen wichtiger Erscheinungen der schweizerischen Rechtsliteratur u. dergl.

Zu diesem Zwecke ist ihm jeweilen von der Generalversammlung der nöthige Kredit auszuwerfen.

Zürich, den 8. Juli 1877.

Namens der Generalversammlung,
Der Präsident:
Prof. Dr. A. v. Orelli.

Digitized by Google

c) il dirige les publications émanant de la Société;
d) il représente la Société à l'extérieur;
e) il fait à l'Assemblée générale un rapport et un compte-rendu sur la marche de la Société pendant l'année écoulée.

Art. 9.

Le Comité a spécialement pour mission d'encourager les publications sur le droit suisse, soit par la mise au concours de questions relatives à ce droit, soit par des subventions pour la publication ou la traduction d'ouvrages concernant les sources du droit suisse et la jurisprudence fédérale. Le crédit nécessaire lui est alloué chaque année par l'Assemblée générale.

Zurich, le 8 Juillet 1877.

Au nom de l'Assemblée générale,
le président:
Dr. A. d'Orelli.
Professeur.

Digitized by Google

IV.

Schreiben des Vereins für ein schweiz. Idiotikon.

Es wird folgende Zuschrift dieses Vereins betreffend literarische Beiträge, namentlich in Bezug auf Amtstitel und Rechtsausdrücke des 18. und 19. Jahrhunderts, verlesen:

„Die freundliche Aufmerksamkeit, welche dem Unternehmen des schweizerdeutschen Idiotikons von Seite des schweizerischen Juristenvereins schon wiederholt zu Theil wurde und die Sie selbst, Tit., demselben seit langer Zeit unausgesetzt zu schenken nicht abließen, ermuthigt uns, bei Anlaß der Jahresversammlung des Vereins mit einem Gesuche zu Handen des Letztern an Sie zu gelangen.

„Unter die praktischen Ziele, welchen das Idiotikon zu dienen hat, gehören, nicht in letzter Linie, die Bedürfnisse des Juristen; nicht zu reden von dem innern Werthe der Rechtssprache an sich, in sprachlicher, poetischer und kulturhistorischer Beziehung. Diese Seite unserer Aufgabe und anzustrebenden Leistungen behielten wir daher auch, von Anfang, stets sorgfältig im Auge und empfingen immer mit besonderer Freude alle Beiträge, die uns von rechtskundiger Seite für das Idiotikon gekommen. Dabei waren wir uns stets bewußt, daß mit der bloßen Sammlung der Ausdrücke der Rechtssprache älterer und neuerer Zeit bloß eine und zwar die geringere Hälfte des Anzustrebenden erfüllt sein würde; die wichtigere und schwierigere aber darin bestehen müsse, diese Ausdrücke mit ihrer sprachlich und sachlich richtigen und ausreichenden Erklärung zu begleiten. Daß die Etymologie allein dieß zu leisten nicht vermag, liegt auf der Hand. Denn abgesehen von Fällen, in denen sie nicht einmal einen annehmbaren Begriff aus einem Worte herauszuschälen vermag, schießt auch die bloße Theorie, eine bloße Verbaldefinition, an dem Sprachgebrauche der Praxis, an der wirklichen Bedeutung eines Ausdruckes im

Digitized by Google

Leben hundertfach neben vorbei, weil von einer und derselben Begriffswurzel aus Entwicklungen nach ganz verschiedenen Richtungen, oft ganz ungeahnten, ausgehen können, ja sogar die ursprüngliche Bedeutung eines Wortes sich bis in ihr scheinbares Gegentheil verkehren kann.

„Unsere Aufgabe in Bezug auf die juristische Brauchbarkeit des Idiotikons ist daher ebenso schwierig, als umfassend, und ohne fortgesetzte Beihülfe von Fachmännern für uns nur sehr ungenügend, theilweise gar nicht zu lösen. So vielfach uns nun auch Leistungen werthvollster Art von Seite Rechtskundiger, namentlich der Herren Karl v. Deschwanden in Stans, Professor Grob in Zürich, Major Krapf in Basel, Statthalter Dr. Schauberg und Professor Dr. Fr. v. Wyß in Zürich zu Gute kamen, so vermissen wir doch noch Vieles und sind insbesondere betreffend Sammlung und Erläuterung der Rechtsausdrücke und Amtstitel des achtzehnten und neunzehnten Jahrhunderts in unserm Stoffe noch mannigfache Lücken, da gerade diese Gegenstände weniger Beachtung fanden, sei es, weil sie zu nahe liegen, sei es, daß sie nicht einmal als bloß den Landesdialekten angehörig erkannt und betrachtet werden. Wir würden es für einen großen Gewinn achten, wenn es Ihnen möglich wäre, die Aufmerksamkeit der Fachmänner bei Gelegenheit der bevorstehenden Versammlung des schweizerischen Juristenvereins auf diesen Punkt zu lenken und wenn dadurch sich die einen oder andern Mitglieder der Gesellschaft aus den deutschen Kantonen veranlaßt fänden, uns in jener Richtung an die Hand zu gehen. Wir wären für Beiträge solcher Art um so dankbarer, als die Zeit sich nähert, auf welche unsere Sammlung abgeschlossen und deren Verarbeitung ausschließlicher an die Hand genommen werden soll.

„Indem wir gerne zu jedem nähern Aufschlusse gegen Mitarbeiter, die uns geneigt wären, bereit sind, und Ihnen, Tit., gänzlich anheimstellen, ob und wie Sie dieser unserer Anregung Folge geben wollen, bitten wir Sie, die erneuten

Digitized by Google

Versicherungen unserer vorzüglichen Hochachtung und Ergebenheit zu genehmigen."

Das Präsidium empfiehlt die darin ausgesprochenen Wünsche den Mitgliedern des Juristenvereins zu geeigneter Berücksichtigung.

V.

Bericht des Rechnungsrevisors, Herrn Friedensrichter Werdmüller.

Die Rechnung des Quästors, Herrn Dr. Zuppinger, weist vor:

1)	Cassabestand von Ende Juni 1877 laut Uebergabsrechnung des Herrn Guérig in Freiburg	Fr. 6644. —
2)	Einnahmen an Jahresbeiträgen . .	„ 780. 44
		Fr. 7424. 44
3)	Ausgaben für die Meili'sche Monographie, Druckkosten 2c.	„ 1109. 70
4)	Saldo per 8. Juli 1877	Fr. 6314. 74

Berichterstatter stellt folgenden Antrag, der einstimmig angenommen wird:

1) Es sei die vom Quästor vorgelegte Rechnung abzunehmen und zu verdanken.
2) Es sollen die Fonds bei einer kreditfähigen Bank angelegt werden.

VI.

Bestimmungen des nächsten Domizils des Centralcomite's.

Herr Oberrichter Schneider schlägt als ständigen Sitz Bern vor.

Dem entgegen beantragt Herr Dr. Blattner, hierüber nichts zu bestimmen. Das Domizil des Centralcomite's

Digitized by Google

werde selbstverständlich durch dasjenige des jeweiligen Präsidenten bestimmt.

Die Versammlung pflichtet der letztern Ansicht bei.

VII.

Wahl des Vorstandes.

Es werden gewählt, und zwar auf Grundlage der neuen Statuten für 3 Jahre:

Herr Prof. König in Bern als Präsident.
„ Prof. Hilty in Bern als 2. Mitglied.
„ Prof. Paul Speiser in Basel als 3. Mitglied.
„ de Seigneux in Genf als 4. Mitglied.
„ Bundesgerichtspräsident Roguin in Lausanne als 5. Mitglied.
„ Dr. Weibel in Luzern als 6. Mitglied.
„ Dr. Meili in Zürich als 7. Mitglied.

VIII.

Wahl des nächsten Versammlungsortes.

Die Vertreter von Basel beantragen Abhaltung der 16. Jahresversammlung 1878 in Basel, diejenigen von Genf schlagen Genf vor, und es wird Genf als nächster Versammlungsort bestimmt.

Schluß der Sitzung 1 Uhr.

Verhandlungen vom 9. Juli 1877.

I.

Eröffnung der Sitzung 8¼ Uhr.
Anwesend circa 90 Mitglieder.

Der Präsident verliest eine Depesche von Professor Bluntschli, worin dieser seine Ernennung zum Ehrenmitgliede verdankt.

Digitized by Google

II.

Haupttraktandum bildet die Diskussion über den Entwurf eines schweiz. Obligationenrechts.

Referent: Herr Prof. Dr. Hilty.

Der Vortrag des Referenten läßt sich wie folgt resümiren:

Der Gedanke, der dem Entwurf eines Obligationenrechtes zu Grunde liege, sei eigentlich nur der Ueberrest eines großen Gedankens, der Codifikation des gesammten schweizerischen Privatrechts; es sei diese neue Arbeit lediglich als ein Versuch zu betrachten, auf dem Rechtsgebiet centralisirend vorzugehen; einen dauernden Zustand haben wir auch nach Annahme des Obligationenrechts noch nicht gewonnen. Versuche dieser Art seien in der Schweiz schon ziemlich zahlreich gewesen und bereits sehr früh zu praktischer Verwirklichung gelangt. So finden sich Verkommnisse zwischen den Waldstätten vorzugsweise über Strafrecht und Gerichtsbarkeit (Pfaffenbrief), sowie über eheliches Güterrecht. Ja selbst an eine Rechtsmaterie habe man sich herangewagt, die heutzutage allgemein für eine der allerunvereinbarsten betrachtet werde, an das Erbrecht. Die prägnanteste Phase dieser Bestrebungen falle in die Jahre 1798—1801, wo eine eidgenössische Kommission sich mit der Herstellung eines einheitlichen Civilgesetzbuches zu beschäftigen gehabt; eigenthümlich sei, daß auch hier, dem Bedürfnisse entsprechend, vorzugsweise derjenige Stoff in Betracht gezogen worden, der sich auf den Mobiliarverkehr und speziell den Handel bezieht. Auch dieser Versuch sei indeß gescheitert. Mit 1815 sei mit Genf ein weiteres Element der Trennung hinzugekommen, der Code, durch welchen fremde Rechtsanschauungen in die engen Grenzen unseres Landes eingetreten, die sich bekanntlich bis auf den heutigen Tag erhalten haben. Von da ab sei vollends der Stab über die Einheitsbestrebungen gebrochen; jeder Kanton hielt auf dem Gebiete der Gesetzgebung seine eigene Richtung und das Vaterland habe sich

Digitized by Google

bald mit Civilgesetzbüchern bedeckt. Erst die neue Bundesverfassung von 1874 habe einer Centralisation in verschiedenen Rechtsgebieten, zu denen in erster Linie der Mobiliarverkehr gehöre, gerufen. Es sei aber unbestreitbar diese Lostrennung des Obligationenrechts aus dem gesammten Civilrecht ein unvollständiger Versuch, ein Compromiß, und als solcher für die Dauer unhaltbar. Es stehe zu wünschen, daß das kantonale Prinzip in der Rechtsbildung dem allgemeinen nationalen weiche, und in dieser Beziehung sei es sehr zu bedauern, daß nicht bereits in der Zeit von 1798 bis 1801 ein einheitliches Civilgesetzbuch entstanden sei, wenn dasselbe auch damals sehr mangelhaft ausgefallen wäre und eine weitgehende Reception französischen Rechtes enthalten hätte; denn die Rechtseinheit sei wichtiger, als die juristische Frage, welches Recht gelten solle, und im Grunde stehen die verschiedenen Rechte durchaus nicht so weit auseinander, als es etwa scheinen möchte. Nicht auf den Namen und die Herkunft dessen, was man schaffe, komme es an, sondern darauf, daß man etwas Einheitliches und Tüchtiges schaffe. Auch würden uns unsere Enkel dereinst nicht etwa fragen: Warum habt ihr französisches Recht geschaffen? sondern gewiß eher: Warum habt ihr keine Rechtseinheit geschaffen? Uebrigens sei zu bemerken, daß die westschweizerischen Mitglieder der eidgenössischen Gesetzgebungskommission in denjenigen Punkten, wo das französische Recht mangelhaft sei, durchwegs sehr nachgiebig gewesen, und es seien daher von dieser Seite keine Schwierigkeiten entgegengestanden. Der Einwurf, daß man mit unserm eidgenössischen Obligationenrecht warten solle, bis einmal die deutsche Reichsgesetzgebung geschaffen sei, müsse entschieden als nicht stichhaltig erklärt werden, denn es liege eine solche Verschiebung durchaus nicht in unserm Interesse und zudem lasse sich das Recht nicht so leicht von einem Land in das andere übertragen; auch würde die Schweiz mit ihren zwei verschiedenen Rechtsströmungen wohl schwerlich je zur Annahme eines so wenig nationalen Rechts gelangen. Diese

Digitized by Google

Annahme wäre gleichbedeutend mit politischem Untergang, und wir sollen daher als gute Patrioten das deutsche Recht eher fürchten und ihm ausweichen, als dasselbe aufsuchen.

Was nun den vorliegenden Entwurf anbelange, so sei derselbe klar, vollständig und durchaus auf der Höhe der Wissenschaft, aber er sei wohl unbestreitbar etwas zu weitschweifend, besonders im allgemeinen Theil, und entschieden zu umfangreich. Es sollte eben dieses Gesetz so eingerichtet werden, um zwanglos in ein eidgenössisches Civilgesetzbuch eingeschoben werden zu können. — Als den zweitgrößten Fehler des Obligationenrechts bezeichnet Redner sodann die Ungunst der Zeit. Unter den zahlreichen materiellen Kritiken und Wünschen, die der Kommission zugekommen, seien folgende als bemerkenswerth hervorzuheben: Betreffend das System des ehelichen Güterrechts werde absolute Freiheit gewünscht, in der Weise, daß die Frau während der Ehe so selbstständig wäre hinsichtlich ihres Vermögens, wie der Mann. Dieß sei als das Prinzip der Zukunft anzuerkennen und als solches wünschenswerth, sobald die Frau in anderer Beziehung eine selbstständigere Stellung einnehme. — Hinsichtlich der Verjährung werde der neue Gedanke geäußert, daß versicherte Forderungen ebenfalls verjähren sollten, und im Fernern mit Recht die vielen und zu verschiedenen Verjährungsfristen im Entwurf gerügt. — Die Justizdirektion des Kantons Aargau wolle eine bestimmte Altersgrenze für die Handlungsfähigkeit der Kinder. — Eine Eingabe wünsche Trennung des Obligationenrechts vom Handels- und Wechselrecht, sowie einige andere ebenso inopportune Abänderungen.

Auf die eigentliche Beleuchtung des Entwurfes übergehend, hob Referent folgende Punkte als wesentliche Neuerungen hervor:

1) Von hoher Bedeutung sei der den Mobiliarverkehr betreffende Grundsatz, daß der Eigenthümer einer Sache, wenn diese irgendwie aus seinem Besitz gekommen, dieselbe nicht vindiziren könne, wenn nur der dritte Besitzer sie in gutem Glauben erworben habe (Art. 206). Also auch ge-

Digitized by Google

stohlene oder verlorene Sachen sollen unter der letzteren Voraussetzung nicht zurückgefordert werden dürfen. Es sei dieser Grundsatz ein sehr gefährlicher und liege zudem nicht im Sinne des eidgenössischen Rechts. Die Kommission sei bei der Berathung dieses Artikels ganz vom Interesse des Handelsverkehrs ausgegangen und es sei auch kein Zweifel, daß das darin ausgesprochene Prinzip früher oder später zur Geltung kommen werde, wenn es gegenwärtig auch keine Gnade finden sollte. Uebrigens seien unsere Vorfahren faktisch auf dem gleichen Boden gestanden, so habe 1505 die Tagsatzung eine solche Rückstellung bewilligt, aber nur ausnahmsweise, aus Gnaden.

2) Die gesetzliche Haft des Verkäufers für Währschaftsmängel beim Viehkauf erscheine im Entwurf ganz bedeutend eingeschränkt. Der Grund hiefür sei wohl in dem Umstand zu suchen, daß die Währschaftsmängel, resp. der Zeitpunkt ihrer Entstehung, sehr schwierig zu konstatiren seien und daß dieselben den Anlaß zu unendlich vielen Streitigkeiten gegeben. Dann liege auch keine Veranlassung vor, den Landmann über Gebühr zu bevormunden, und in jedem Falle bleibe es dem Käufer überlassen, beim Vertragsabschlusse seine Bedingungen zu formuliren.

3) In einem Punkte, nämlich in den Bestimmungen über den Pachtvertrag, streife der Entwurf sehr nahe an's Sachenrecht, und es wäre daher richtiger, auch das Leibgeding zu erwähnen oder aber beide wegzulassen. Sodann gehe die Opposition, wenigstens beim Leibgeding, mehr davon aus, daß das letztere eben so sehr in's Erbrecht eingreife, und hierin liege eben das große Vorurtheil, daß das Erbrecht als solches unantastbar sei. Dies sei ein Irrthum; denn im ganzen Erbrecht sei bloß ein einziger Satz Naturrecht, nämlich der, daß Kinder ihre Eltern beerben, und faktisch habe dieser Satz fast bis auf unsere Zeit eine erhebliche Ausnahme erlitten, nämlich für uneheliche Kinder, die früher nicht einmal gegen ihre Mütter ein Intestaterbrecht gehabt. Für Seitenverwandte sei vollends kein Grund

Digitized by Google

vorhanden, warum sie erben sollten, indem hier vielfach das Familienband zwischen Erblasser und Erbe schon gänzlich gelockert sei und der Letztere in vielen Fällen sein Erbrecht nicht einmal kenne. Noch mehr sei das Testament ein Erzeugniß der Gewohnheit und Sitte. Warum sollte man hier nicht legislatorisch eingreifen können? Uebrigens sei es ja in neuerer Zeit in weitgehendem Maße geschehen. So habe Waadt seine 25, Graubünden seine 15 Erbrechte mit einem Schlage aufgehoben, ohne daß dabei wesentliche Interessen zerstört oder der Gang der Dinge getrübt worden wäre.

4) Ein starkes und begründetes Aufsehen haben die Artikel über Aktienwesen und Versicherung erregt. Es scheine bei der Abfassung der einschlägigen Bestimmungen die Zürcher Luft sich stark geltend gemacht zu haben. Für die Aktiengesellschaften kommen namentlich in Betracht die Art. 693 und 694, wonach die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrathes sowohl den Aktionären als den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber persönlich und solidarisch für direkten und indirekten Schaden haften, welcher aus einer absichtlichen oder grob-fahrläßigen Verletzung der ihnen durch den Gesellschaftsvertrag auferlegten Verpflichtungen hervorgeht. Diese strenge Haftpflicht werde auch ausgedehnt auf alle Personen, die sich irgendwie bei der Bildung einer Aktiengesellschaft als Gründer, Unterhändler, Banquiers, Rechtsanwälte, Notare u. s. f. betheiligt haben. Diese Bestimmungen seien denn auch in der That derart, daß die Gefahr nahe liege, nur noch Verwaltungsräthe und Direktoren zu erhalten, die nichts zu verlieren haben.

Sehr viel Staub haben die Bestimmungen über das Versicherungswesen aufgeworfen; Beweis hiefür die von den schweizerischen Versicherungsanstalten dem Verein eingereichte Schrift. Bedeutsam sei, daß der Entwurf keine besondere Gliederung im Assekuranzwesen mehr zuläßt. Tiefeingreifend aber seien die Grundsätze, welche die obligatorischen Verpflichtungen der Versicherungsgesellschaften regeln

Digitized by Google

und nach denen es diesen fast unmöglich gemacht sei, vom Vertrag zurückzutreten, auch wenn der andere Kontrahent es mit seinen persönlichen Verpflichtungen noch so wenig genau nehme. Daß diejenigen Versicherten, welche eines widernatürlichen Todes, sei es durch Vollziehung eines Todesurtheils, durch Selbstmord oder im Duell, sterben, dennoch die Prämien, ohne Zins freilich, von der Gesellschaft zurückerhalten sollen (Art. 767), sei eine Bestimmung, welche allerdings geeignet sei, bei Manchem Erstaunen und Kopfschütteln zu erregen. Es seien eben auf beiden Seiten große Interessen im Spiel und es habe sich demnach darum gehandelt, so oder anders Posto zu fassen. Der Entwurf habe dies gethan, und zwar zu Gunsten des versicherten Publikums, welches ohnedies so bedeutenden Etablissements gegenüber in nicht sehr günstiger Stellung sich befinde.

5) In Hinsicht auf das Wechselrecht frage es sich, ob es auch einzuführen sei für Nichthandelsleute. Ein Bauer in Graubünden habe zwar bei Gelegenheit einer Wechselzahlung in drastischer Weise gesagt: „Banken sind Höllenmaschinen", und es habe dieser Mann von einem gewissen Standpunkte aus nicht so ganz Unrecht gehabt. Aber auf der andern Seite sei nicht zu vergessen, daß der Wechselverkehr sehr bedeutende Dimensionen angenommen habe und es nachgerade schwierig geworden sei, die Handelsleute als besondern Stand auszuscheiden. Zudem habe sich der Verkehr auch innerlich umgestaltet, und sei allmälig jene Basis, auf die er sich früher gerade in einfachern Berufsständen gestützt, freundnachbarliche Treue und Glauben, sehr in's Wanken gerathen.

Am Schlusse seines Vortrages ermahnte der Referent den schweizerischen Juristenverein, sich nicht durch die Ungunst der Zeitumstände, wo es fast Modesache geworden sei, Alles, was vom Bunde herkommt, zu verwerfen, zurückschrecken zu lassen. Gerade jetzt sei es Aufgabe des Vereins, mit allen Kräften für das nationale, große Werk einzustehen, um, einmal siegreich in der tiefern Position, muthig

Digitized by Google

die höhere, Centralisation des gesammten Civilrechts, erstreben zu können.

Der Redner beantragt schließlich folgende Resolutionen:

1) Der schweizerische Juristenverein erklärt sich im Allgemeinen mit dem Inhalt des Entwurfes über schweizerisches Obligationenrecht, wie er in der zweiten Redaktion vorliegt, einverstanden. Er wünscht dagegen: a. daß in dasselbe Bestimmungen über Leibgeding und Leibrente wieder aufgenommen werden, daß überhaupt das Obligationenrecht mit möglichster Vollständigkeit alle Rechtsgebiete umfasse, welche zu demselben nach dem Sinn des Art. 64 der Bundesverfassung gehören; b. daß die vorberathende Kommission noch einmal die Frage der Vindizirbarkeit von Mobilien aus dritter Hand reiflich prüfe.

2) Mit Bezug auf die Form des Gesetzbuches wünscht er, daß dasselbe möglichst kurz, mit Vermeidung aller unnöthigen, bloß theoretischen Auseinandersetzungen, überhaupt so gefaßt werde, daß eine allfällige künftige Einfügung in ein allgemein schweizerisches Civilgesetzbuch dadurch erleichtert werde.

M. le Prof. *Hornung* a soutenu d'abord qu'il était naturel, dans un Etat fédéral, d'unifier le droit des contrats, puisqu'il a un caractère intercantonal, et de laisser aux cantons les parties du droit qui ont un caractère local. M. Hornung a demandé que la commission attendît, pour se réunir de nouveau, que la traduction française de son projet fût complète et que les autorités cantonales eussent eu le temps de se prononcer.

Quand au projet en lui-même, M. Hornung a insisté sur l'utilité de la distinction entre le droit civil et le droit commercial, en raison des exigences du crédit; il a dit que le projet *commercialisait* le droit civil et faisait ainsi disparaître la notion du droit commercial. Il a demandé que, tout au moins, il y eût dans la loi une définition de

Digitized by Google

l'acte de commerce et du négociant, en vue surtout du maintien des tribunaux de commerce. — Il a ensuite abordé la question de la preuve. Le projet ne contient là-dessus que des dispositions générales, et il permet en fin de compte de prouver comme on veut: ainsi, par exemple, il ne limite point l'emploi de la preuve testimoniale, et il ne dit rien des livres de commerce. Dès-lors, la question se pose de savoir si les cantons restent libres de légiférer sur les différentes preuves, et il conviendrait que la loi s'expliquât là-dessus.

Herr Prof. König von Bern erklärte sich mit dem Vorschlag des Referenten nicht einverstanden, daß die Diskussion in möglichst weiten Zügen gefaßt sein solle; diese Methode wäre höchstens geeignet, das Mißtrauen gegen die eidgenössische Gesetzgebung noch zu vermehren. Der Detail sei geradezu wesentlich und man müsse sehr bedauern, daß nicht jetzt schon gedruckte Motive vorliegen. Auf die Kritik einzelner Bestimmungen des Entwurfes übergehend, machte Redner unter Anderem folgende Ausfetzungen: In Art. 1 sei die Aufstellung einer Altersgrenze für die Handlungsfähigkeit zu tadeln; es gehöre dies in das Personenrecht, zu dessen Codifikation der Bund keine Befugniß habe. — Art. 4 sei unbestimmt. — Die sonst nirgends vorkommende Bestimmung, daß bei Minderjährigen die Vormünder und bei Ehefrauen, welche ein Gewerbe betreiben, die Ehemänner selbst für diejenigen Verbindlichkeiten aufzukommen haben, welche von den betreffenden Frauen für ihr Gewerbe eingegangen worden (Art. 8 und 9), sei exorbitant und ungerecht. — In Art. 10 sollte nothwendig auch eine Bestimmung über die Handlungsfähigkeit von Schweizern im Ausland enthalten sein. — In Art. 29 fehlen gewisse Hauptgrundsätze, und das, was da ist, sei unrichtig. — Art. 45 gehe viel zu weit und sei zu unbestimmt, da sich kein Maßstab dafür finden lasse, wann diese Fähigkeit als so „getrübt" angesehen werden könne, daß die Anfechtung des Geschäftes gestattet werden müsse. — Redner ist der Ansicht, daß in

Digitized by Google

Art. 46 der Beginn der Verjährung besser auf die Zeit des Vertragsabschlusses selbst verlegt werde. — Die Lehre von den Obligationen aus ungerechtfertigter Bereicherung sei höchst ungelungen (Art. 103 u. f. f.), desgleichen die Erfüllung der Obligationstheilzahlung (Art. 116). Zum mindesten bei Wechseln sollte, wie im bernischen Recht, der Gläubiger zur Annahme von Theilzahlungen gezwungen sein. — Die Cession von Forderungen sei zu formlos und sollte da, wo die cedirte Forderung an eine Urkunde geknüpft sei, in letztere eingezeichnet werden (Art. 157). — Es sei unerklärlich, warum auch bei illiquiden Forderungen die Kompensation ipso jure eintreten soll (Art. 177 u. ff.). Für den Ausschluß jeglicher Vindikation liege kein vernünftiger Rechtsgrund vor. Daß im Handel Inhaberpapiere nicht vindizirt werden können, sei begreiflich, nicht aber, wenn es sich um andere, gestohlene oder verlorene Sachen handle. — Bei der Eigenthumsübertragung von Vieh sei es rein sinnlos, eine praesumptio juris et de jure aufzustellen, dahin gehend, daß ein Gewährsmangel, der sich innerhalb 14 Tagen nach der Uebergabe ergebe, schon vor dieser existirt habe. — Trotz der zahlreichen Ausstellungen will jedoch Redner nicht das Fallenlassen des Entwurfes, wohl aber eine nochmalige genaue Prüfung durch die Kommission und eine Umarbeitung desselben beantragen.

Herr Dr. Meili, Advokat in Zürich, äußerte sich dahin, daß der vorliegende Entwurf dem Richter eine zu weitgehende Latitüde einräume; es sei dies um so gewagter, als bei den Richtern vielfach keine juristische Bildung vorausgesetzt werden könne. Begreiflich sei es, wenn man eine starre Beweistheorie, wie sie das gemeine Recht ausgebildet, nicht auch bei uns einführen wolle; man gehe indeß auf der andern Seite zu weit; die „Billigkeit" sei gar kein haltbarer Standpunkt für den Richter; im Gerichtssaal soll nur Recht gesprochen werden. — Sehr mangelhaft seien sodann die Bestimmungen über das Versicherungswesen. Es sei zu einseitig, immer nur den Versicherten zu schützen, ihn nur für

Digitized by Google

dolus haften zu lassen. Die Versicherungsanstalten werden dadurch in ungerechter Weise geschädigt. Der Standpunkt des Entwurfes sei ganz falsch; es handle sich ja hier nicht um Monopolanstalten, gegen deren Macht der Einzelne wirklich schutzlos sei. Die Konkurrenz sorge genügend dafür, daß die Versicherungsanstalten nicht zu mächtig werden. Zudem könne ja das Publikum selber zusehen und die Policen lesen. Redner stellt den Antrag: „Der Juristentag erklärt, daß zur Herbeiführung eines befriedigenden Obligationenrechts auf Grundlage des vorgelegten Entwurfs weitere Berathungen und Untersuchungen zu erfolgen haben, namentlich z. B.:

1) betreffend die Vindicabilität der Mobilien,
2) betreffend Haftpflicht der Aktiengesellschaften,
3) betreffend das Versicherungsrecht."

Herr Dr. Spöndli, Advokat in Zürich, stellte sich hinsichtlich der Lebensversicherung auf den nämlichen Standpunkt wie der Vorredner. Wenn man die Leute vor allem möglichen Schaden schützen sollte, dann wäre es viel nothwendiger, das Recht der Wechselausstellung zu beschränken. Redner wünscht eine Bestimmung darüber, daß derjenige, welcher sein Leben zu Gunsten eines Dritten versichert hat, so lange über die Police verfügen kann, als dieselbe in seinem Besitz ist, und daß dieses Verfügungsrecht nur dadurch aufhört, daß die Police selbst in den Besitz desjenigen gelangt, zu dessen Gunsten sie ausgstellt ist.

Bei den Bestimmungen über die Rückerstattung, welche bei Selbstmord eintreten soll, seien die Unterschiede zwischen Prämie und Reserve nicht beachtet und die erstere für die letztere gesetzt worden. Das sei prinzipiell falsch und mache eine zuverlässige Rechnung für die Lebensversicherungsgesellschaften unmöglich.

Herr Nationalrath Dr. Schoch aus Schaffhausen wünscht Verschiebung der abschließlichen Gesetzesberathung bis nach Erlaß des deutschen Reichscivilgesetzbuchs. Es

Digitized by Google

handle sich auch dann nicht um wörtliche Rezeption, sondern mehr um wissenschaftliches Vorstudium, namentlich an Hand der sich an dieses zu erwartende Gesetzbuch anschließenden Literatur. Auch komme die Nationalität wenig in Betracht, da es sich vorzugsweise um Verkehrsrecht handle und dieses einen internationalen Charakter habe. Redner möchte auch mit Rücksicht auf die Westschweiz von jeder Beschlußnahme abstrahiren und mehr die fruchtbringenden Gedanken, die im Entwurf enthalten sind, zum Gegenstand der Diskussion machen.

Herr Bundesrath Anderwerth entgegnete dem Vorredner, daß längeres Zuwarten zwecklos sei. Man habe ja das Material, welches dem deutschen Civilgesetzbuch zu Grunde liege, jetzt schon zur Verfügung, zudem speziell für das Obligationenrecht das deutsche Handelsgesetzbuch und die Präjudizien des Reichsoberhandelsgerichtes in Leipzig. — Gegenüber dem Wunsch König's, es möchten unverzüglich Motive zum Entwurf beschaffen werden, bemerkt Redner, es sei dies erst nach der Durchberathung und Annahme des Gesetzes thunlich, wo dann die Motive die nöthigen Anhaltspunkte bieten zur Interpretation des Gesetzes. — Die Aufnahme einer Zeitbestimmung für den Beginn der Handlungsfähigkeit wäre allerdings besser weggelassen worden, weil diese Materie nach Anleitung der Bundesverfassung durch ein besonderes Gesetz geordnet werden sollte. — Redner habe schon in der Kommission gesagt, daß der Entwurf bezüglich der Bestimmungen über Aktienwesen und Versicherungsgesellschaften zu weit gehe. Dagegen hält es Redner gerade für eine Zierde des Gesetzes, daß dasselbe dem richterlichen Ermessen einen großen Spielraum gewähre; es handle sich da wesentlich um Verkehrsverhältnisse, die frei behandelt werden sollen. Die nämliche Idee finde, und zwar in sehr glücklicher Weise, ihre Verwirklichung im Institut der Handelsgerichte.

Herr Dr. P. Laband, Professor des deutschen Rechts in Straßburg, bekundete zunächst seine Sympathie für das

Digitized by Google

vorliegende Gesetzeswerk und ertheilte den dringenden Rath, mit demselben nicht bis zur Abfassung des deutschen Civilgesetzbuches zu warten, von dem ja auch nicht gesagt sei, daß dasselbe unbedingt gut ausfallen werde. Zudem werden ohne Zweifel die nämlichen zweilfelhaften Punkte in Deutschland wie in der Schweiz zur Diskussion kommen. Der vorliegende Entwurf nun unterscheide sich von allen ähnlichen Arbeiten durch eine merkwürdige Eigenschaft, nämlich daß er nicht langweilig sei. Beim Durchlesen werde das Interesse in hohem Grade geweckt, aber man stoße gleichzeitig fortwährend auf Räthel. Es sei das eigentlich ein großartiges Experiment, wie ein gebildetes Volk sein Recht einrichten wolle. Recht *machen* könne man aber nicht und es sei die Ansicht des Referenten, als könne mit dem Erbrecht leicht und unbedenklich aufgeräumt werden, entschieden von der Hand zu weisen. Das Recht wurzle vielmehr in der Sitte, und entwickle sich organisch und naturgemäß, vielfach ohne menschliches Zuthun. Es sei die Arbeit der Sitte zu vergleichen mit dem Gletscher, der langsam auf seiner Wanderung seine erdumgestaltende Mission vollziehe, während umgekehrt die Arbeit des Gesetzgebers sich in dem Bohrer verkörpern lasse, der muthig in des Berges Schooß eindringe und sich durch seinen Stoß Bahn breche. In der Gesetzgebung sollte man die Frage an die Spitze stellen: Was haben unsere Altvordern für Recht gehabt? Was unsere Enkel dereinst für ein Recht haben werden, sei sehr nebensächlich. Das *nationale* Element des Rechtes sei höchst gering anzuschlagen. Eigentlich gebe es kein französisches, deutsches, holländisches u. s. w., sondern nur *italienisches* Recht, in den verschiedenen Ländern verschieden ausgebildet und nüancirt. Freilich sei dieser Ausbau von allerhöchster Bedeutung, indem für den Gesetzgeber die Gefahr nahe liege, entweder mit der Gewohnheit oder mit dem positiven geltenden Recht in Widerspruch zu gerathen. — Redner schließt seinen Vortrag mit dem lebhaften Wunsch, daß die eidgenössische Gesetzgebung gedeihen möge.

Digitized by Google

Herr Nationalrath Brunner hält es für bedenklich, heute eine detaillirte Kritik zu üben und die Versammlung anzuhalten, sich über Specialpunkte auszusprechen, da auf diese Weise ein Druck auf die Gesetzgebungsbehörde geübt werde. Er stellt folgenden Antrag: „Der Juristenverein erklärt, daß ein befriedigendes schweizerisches Obligationenrecht auf Grundlage des Entwurfes zu erzielen ist, er spricht jedoch den Wunsch aus, daß die Kommission die in der heutigen Diskussion gefallenen Kritiken in gehörige Erwägung ziehen werde."

Die Herren Fürsprech Oschwald in Willisau, Fürsprech Hauser von Glarus und Dr. Weibel von Luzern stellten Anträge, welche später wieder zurückgezogen oder mit andern verschmolzen wurden.

Herr Dr. Meili zieht seinen Antrag ebenfalls zurück und unterstützt denjenigen von Nationalrath Brunner.

Herr Prof. Fick in Zürich, Redaktor des Entwurfes: Ueber die Entstehung des Entwurfes walte ein Mißverständniß. Man habe fortwährend von der Kommission gesprochen, während doch dieser schon ein fertiger Entwurf von Munzinger vorgelegen, der die wesentlichen Neuerungen bereits enthalten habe. Dann handle es sich im Großen und Ganzen nicht, wie Herr Laband meine, um Räthsel, sondern der Entwurf basire auf schweizerischen und speziell zürcherischen Prinzipien. In's Detail übergehend, will sich Redner auf folgende Punkte beschränken: Hinsichtlich der Haftpflicht des Vormundes und des Ehemannes sei zuzugestehen, daß dieselbe nicht haltbar sei. Es sei lediglich eine von der Kommission an die romanische Schweiz gemachte und mit schwacher Mehrheit beschlossene Konzession. — Der Eigenthumsübergang von Mobilien solo consensu sei ebenfalls eine Konzession an das französische Recht und da dessen praktische Konsequenzen nicht bedeutsam, auch in der deutschen Schweiz annehmbar. — Eine tiefgreifende Neuerung sei der gänzliche Ausschluß aller und jeder Vindikation. Munzinger als Urheber dieser

Digitized by Google

Idee begründe dieselbe damit, daß für die allerwichtigsten beweglichen Sachen, namentlich für die Inhaberpapiere, das vorgeschlagene Princip längst in Anwendung sei. Daher solle man konsequent sein, und entweder für Werthpapiere und andere bewegliche Sachen die Vindikabilität zulassen, oder aber bei beiden ausschließen. Uebrigens komme in beiden Fällen ein Unschuldiger in Nachtheil, das eine Mal der gutgläubige Erwerber der Sache, das andere Mal der ursprüngliche Eigenthümer. — Die Strenge gegen die Assekuranzen liege in der Zeitströmung. — Die gegenüber den Aktiengesellschaften beobachtete Strenge sei ein eminenter Fortschritt und einzig geeignet, dem Schwindel den Garaus zu machen. Redner ist überzeugt, daß dieses Gesetz, wie auch dasjenige über die Haftpflicht von Eisenbahnen, in Deutschland großen Anklang finden werde. Uebrigens sei die Haftpflicht gar nicht so exorbitant, sie erstrecke sich nur auf dolus und culpa lata. Auch werden wir nach wie vor Verwaltungsräthe und Direktoren genug bekommen, aber allerdings meist solche, die selbst viele Aktien besitzen, daher ein Interesse daran haben, es mit ihrer diligentia boni patris familiae möglichst genau zu nehmen. Wer kein gutes Gewissen habe und sich deßhalb dieser Stellung entziehe, könne wohl entbehrt werden.

Noch theilt schließlich Herr Bundesrath Anderwerth mit, daß die Motive zu dem vorliegenden Gesetze bereits in Arbeit seien.

Herr P. Jeanneret, Advokat in Chaux-de-Fonds, stellt den Antrag, keine Resolution zu fassen, weil der französische Text noch nicht vollendet sei.

Diesem Antrag gegenüber siegte mit 37 gegen 27 Stimmen der kombinirte Antrag Brunner-Meili-Hauser-Hilty, dahin gehend also:

„Der Juristenverein erklärt, daß auf Grundlage des vorliegenden Entwurfes ein befriedigendes schweizerisches Obligationenrecht zu erzielen ist; er spricht jedoch den Wunsch

Digitized by Google

aus, daß die Kommission die in der heutigen Diskussion gefallenen Kritiken in gehörige Erwägung ziehen möge."

III.

Berathung über Art. 33 der Bundesverfassung.

Der Referent, Herr Dr. Willi in Bern, hatte unter Bezugnahme auf den Wunsch der Jahresversammlung in Freiburg einen von ihm ausgearbeiteten und gedruckten Entwurf zu einem Bundesgesetz betreffend die Freizügigkeit der Advokaten vorgelegt. Derselbe war in deutscher und französischer Sprache den Mitgliedern gedruckt zugestellt worden und lautet:

Entwurf zu einem Bundesgesetz

betreffend

die Freizügigkeit der Advokaten in der schweizerischen Eidgenossenschaft.

Art. 1. Zur freien Ausübung ihres Berufes im Gebiete der ganzen Eidgenossenschaft sind befugt:

a) diejenigen Advokaten, welche nach Maßgabe dieses Gesetzes ein eidgenössisches Diplom erworben haben;

b) diejenigen Personen der genannten Berufsart, welche vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes ein Fähigkeitszeugniß erworben haben, das zur unbedingten Praxis in demjenigen Kanton berechtigt, welcher dasselbe ausgestellt hat;

c) diejenigen Personen der genannten Berufsart, welche in ausländischen Staaten auf Grund einer abgelegten Staatsprüfung ein Diplom zur unbedingten Ausübung der Praxis im Gebiete der betreffenden Staaten erworben haben, falls mit diesen Staaten auf dem Vertragswege Gegenseitigkeit vereinbar ist. In Ausnahmsfällen hängt es von dem Ermessen der Aufsichtsbehörde ab, auf Grund der Ausweise zu bestimmen, unter welchen Bedingungen die Gewährung des Diploms zu erfolgen hat;

Digitized by Google

d) alle an schweizerischen Hochschulen oder an den betreffenden Fachschulen angestellten Lehrer der genannten Berufsart.

Art. 2. Eine vom Bundesrath ernannte Aufsichtsbehörde (leitender Ausschuß) prüft die Ausweise der sich Anmeldenden, überwacht die Prüfungen und sorgt für volle Gleichheit des Verfahrens.

Der leitende Ausschuß hat an den Bundesrath jährlich Bericht und Rechnung zu erstatten. Die Leitung und Verwaltung des Prüfungswesens stehen unter der Aufsicht des eidgenössischen Justizdepartements.

Art. 3. Der Bundesrath ernennt auf Antrag des leitenden Ausschusses die Prüfungskommissionen.

Art. 4. Die Prüfungskommissionen sind aus Lehrern der höhern schweizerischen Lehranstalten und aus geprüften Praktikern zusammenzusetzen.

Sie werden jeweilen durch ein Mitglied des leitenden Ausschusses präsidirt und haben ihren Sitz an je einer der schweizerischen Hochschulen.

Die Prüfungen werden, nach der Wahl der Bewerber, in deutscher, französischer oder italienischer Sprache abgelegt.

Art. 5. Eine vom Bundesrath zu erlassende Ausführungs-Verordnung (Prüfungsreglement) regelt:

a) die Organisation und die Entschädigung der Prüfungsbehörden und den Gang der Prüfungen;
b) die wissenschaftlichen Anforderungen an die Bewerber;
c) die Prüfungsgebühren.

Die Genehmigung dieses Reglements bleibt der Bundesversammlung vorbehalten.

Art. 6. Bis zur Annahme des eidgenössischen Prüfungsreglements soll die Bestimmung des Artikel 5 der Uebergangsbestimmungen der Bundesverfassung maßgebend bleiben.

Der Referent:

Dr. Willi.

Digitized by Google

Projet de Loi fédérale

concernant

l'exercice de la profession d'avocat dans la Confédération suisse.

Art. 1er. Sont autorisés à exercer librement leur profession dans toute l'étendue de la Confédération :

a. les avocats qui, conformément aux dispositions de la présente loi, ont obtenu un diplôme fédéral;

b. les personnes vouées à cette profession, qui, avant l'époque de l'entrée en vigueur de cette loi, ont obtenu un certificat de capacité les autorisant sans aucune restriction à pratiquer dans le Canton qui l'a délivrée;

c. les personnes vouées à cette profession, qui, à la suite d'un examen d'Etat subi dans un Etat étranger, ont obtenu un diplôme les autorisant sans aucune restriction à pratiquer dans le territoire de cet Etat, — pour autant que la réciprocité est stipulée par un traité. Dans les cas exceptionnels, c'est à l'autorité chargée de la surveillance qu'il appartient de décider, au vu des pièces produites, à quelles conditions le diplôme sera accordé;

d. tous les professeurs des universités suisses ou des écoles spéciales chargés d'y enseigner les branches relatives à cette profession.

Art. 2. Une autorité de surveillance (Comité directeur) nommée par le Conseil fédéral vérifie les titres des candidats, surveille les examens et veille à l'égalité complète dans la manière de procéder.

Chaque année le Comité directeur fait rapport et présente ses comptes au Conseil fédéral. La direction et l'administration de tout ce qui concerne les examens sont sous la surveillance du Département fédéral de Justice et Police.

Digitized by Google

Art. 3. Le Conseil fédéral nomme les Commissions d'examen sur la proposition du Comité directeur.

Art. 4. Les Commissions d'examen sont composées de professeurs des établissements suisses d'instruction supérieure et de praticiens experts.

Elles sont toujours précidées par un membre du Comité directeur, et siègent dans chacune des universités suisses.

Les examens sont subis en allemand, en français ou en italien, au choix des aspirants.

Art. 5. Par une ordonnance d'exécution (règlement d'examen), le Conseil fédéral réglera:

a. l'organisation des Commissions d'examen, leurs indemnités et la marche des examens;
b. les connaissances scientifiques requises des aspirants;
c. la finance d'examen.

La sanction de l'Assemblée fédérale est réservée au règlement d'examen.

Art. 6. Jusqu'à l'adoption du règlement fédéral d'examen, la disposition de l'article 5 des dispositions transitoires de la Constitution fédérale continuera à faire règle.

Le rapporteur:

Dr *Willi.*

Der Correferent, Herr Prof. Dr. G. Vogt in Zürich, legte folgenden motivirten Beschlussesentwurf ein:

Resolution.

Der schweizerische Juristenverein beschließt:

Es liegt dermal ein Bedürfniß nicht vor, das zweite Lemma des Art. 33 B.-V. durch ein die Ausübung der juristischen Praxis betreffendes Bundesgesetz zur Ausführung zu bringen.

Digitized by Google

Erwägungen:

1. In mehreren Kantonen — auch in solchen, welche juristische Fakultäten besitzen — ist die Ausübung der Advokatur freigegeben und es läßt sich nicht behaupten, daß durch diese Freigebung der wissenschaftliche Charakter des Juristenstandes oder die Tüchtigkeit der Rechtspflege geschädigt worden seien.

2. Infolge dessen ist eine freiwillige Einführung des Prüfungszwanges von Seiten dieser Kantone nicht zu erwarten, und da dem Bunde nach Art. 33 B.-V. das Recht nicht zusteht, den Kantonen die Freigebung wissenschaftlicher Berufsarten zu untersagen, so werden in keinem Falle gleichmäßige Bedingungen für die Ausübung der juristischen Praxis hergestellt weden können.

3. Gegen die Freigebung des Advokatenberufs sprechen weder ebenso gewichtige Gründe, wie sie etwa gegen die Freigebung der medicinischen Praxis geltend gemacht werden können, noch hat, angesichts der Verschiedenheit der kantonale Gesetze und der kantonalen Geschäftspraxis, die Freizügigkeit für den Juristenstand die nämliche Bedeutung, wie für Aerzte, Geistliche, Geometer u. s. w.

4. So lange diese Verschiedenheit fortdauert, ist es unmöglich, eidgenössische Prüfungen so einzurichten, daß das Bestehen einer solchen Prüfung als ein wirklich ausreichender Ausweis über die Befähigung zur Ausübung der Praxis in allen Kantonen angesehen werden könnte.

5. Den Advokaten aus Kantonen, in welchen eine Prüfung erfordert wird, ist durch Art. 5 der Uebergangsbestimmungen zur B.-V. der Zutritt vor den Gerichten anderer Kantone gewährleistet, und umgekehrt ist bis jetzt durch eine engherzige Praxis der Gerichte jener Kantone das Interesse der Parteien oder der Anwälte aus Kantonen, wo dieser

Digitized by Google

Beruf freigegeben ist, nicht in fühlbarer Weise beeinträchtigt worden.

Hottingen, 8. Juli 1877.

G. Vogt.

Zu mündlicher Begründung ihrer Anträge war für die Herren Referenten keine Zeit mehr, ebenso wenig zu einer Diskussion überhaupt; es wurde vielmehr auf Antrag des Herrn Prof. Hornung dieses Traktandum auf die nächste Jahresversammlung verschoben.

IV.

Auf Antrag des Herrn Dr. Meili wird Herr Prof. Dr. P. Laband in Straßburg zum Ehrenmitglied des Vereins ernannt.

Prof. Em. Brusa dankt telegraphisch für die ihm zu Theil gewordene Ernennung zum Ehrenmitglied.

V.

Prof. Dr. Hilty ersucht die Versammlung, seine Wahl in den neuen Vorstand zurückzunehmen. Die Abstimmung ergab indessen, daß die Mehrheit diesem Ersuchen nicht entsprechen will.

Schluß der Sitzung 1 Uhr 40 Minuten und darauf Fahrt nach Küsnacht zum Nachtessen.

Verzeichniß

der

Jahresversammlungen des schweizerischen Juristenvereins

(nebst Angabe des Druckes der Verhandlungen).

1861. 7. Juli. Constituirende Versammlung in Luzern unter dem Präsidium des Herrn Staatsschreiber Dr. Phil. Willi.

Digitized by Google

1862. Zürich. Präsident: Prof. Dr. Fried. v. Wyß. Verhandlungen gedruckt in der Zeitschrift für schweizer. Recht. Bd. XI.

1863. Basel. Präsident: Prof. Dr. Schnell. Zeitschrift für schweizer. Recht. Bd. XII.

1864. Lausanne. Präsident: Herr V. Gottofrey. Zeitschrift für schweizer. Recht. Bd. XIII.

1865. Bern. Präsident: Prof. Dr. Munzinger. Zeitschrift für schweizer. Recht. Bd. XIV.

1866. Aarau. Präsident: Herr Landammann Welti. Zeitschrift für schweizer. Recht. Bd. XV.

1867. Glarus. Präsident: Herr Ständerath Dr. Blumer. Zeitschrift für schweizer. Recht. Bd. XVI.

1868. Solothurn. Präsident: Herr Landammann W. Vigier. (Besondere Broschüre von Herrn S. Kaiser über die Centralisation der Civilrechtsgesetzgebung in der Schweiz; auch in's Französische übersetzt s. a. e. l.)

1869. St. Gallen. Präsident: Herr Landammann Sailer. „Aus den Verhandlungen des schweizer. Juristenvereins. IX. Jahresversammlung, abgehalten den 20. September 1869 in St. Gallen." St. Gallen, Zollikofer'sche Buchdruckerei.

1870. Keine Versammlung.

1871. Neuenburg. Präsident: Herr E. Borel, Staatsrath. De la compétence de la Confédération relativement à l'exploitation des chemins de fer. Rapports présentés à la Société des juristes suisses. Neuchâtel, G. Montandon 1871. Vgl. auch Zeitschrift des bern. Juristenvereins. Bd. 7, S. 129.

1872. Luzern. Präsident: Oberrichter Dr. Bühler. Zeitschrift des bern. Juristenvereins. Bd. 8, S. 97 ff. (1873). Ferner a. a. O. Bd. X: Studien über das eheliche Güter-

Digitized by Google

recht der Schweiz. Nach den Notizen zu einem Vortrag, gehalten an der schweizer. Juristenversammlung in Luzern, aus dem Nachlaß des † Prof. Munzinger, bearbeitet von Dr. Huber. (Bern 1874.)

1873. Chur. Präsident: Herr Ständerath Dr. P. C. v. Planta. Die Hauptdifferenzen der französisch- und deutsch-schweizerischen Civilgesetzgebung. Referate der Herren Prof. Carrard und Dr. C. Hilty. Separatabdruck aus Bd. IX der Zeitschrift des bern. Juristenvereins. Bern, M. Fiala. 1873.

1874. Schwyz. Präsident: Herr Archivar Dr. Kothing. Verhandlungen des schweizer. Juristenvereins in seiner XIII. Jahresversammlung zu Schwyz. Basel, Ferd. Riesen. 1874.

1875. Keine Versammlung.

1876. Freiburg. Präsident: Herr J. Gendre. De la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite. Rapport présenté etc. par G. de Seigneux, avocat à Genève. Fribourg, E. Bielmann. 1876. Ueber Vollziehung des Art. 33 der Bundesverfassung. Referat von Dr. Willi. Bern 1876. Procès verbal des délibérations de la XIVme réunion de la Société des juristes suisses, à Fribourg. — Fribourg, imprimerie E. Bielmann. 1876. — Ebenda erschien: Des divers régimes hypothécaires de la Suisse. D'après le mémoire allemand présenté en 1874 à la Société des juristes par M^r^ le professeur F. de Wyss, par Mr Ernest Lehr, professeur à l'académie de Lausanne.

Digitized by Google

Entscheidungen des Regierungsrathes und der Justizdirektion über Gegenstände aus dem Gebiete der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit.

I. Vormundschaftswesen.

Gegen den mehrjährigen F. A. in R. wurde von zwei Brüdern und dem Ehemann einer verstorbenen Schwester ein Bevogtungsantrag gestellt, und nachdem die Vormundschaftsbehörde beigestimmt hatte, vom Regierungsstatthalter von Aarwangen die Bevogtung ausgesprochen. F. A. richtete eine Beschwerde gegen die bezügliche Verfügung an den Regierungsrath und begründete dieselbe folgendermaßen:

Er habe 4 Verwandte, welche nach Satzung 24 C. berechtigt seien, einen Bevogtungsantrag gegen ihn zu stellen, zwei davon haben jedoch ihre Beistimmung verweigert. Die Bevogtungsakten hätten deßhalb dem Amtsgericht überwiesen werden sollen. So lange eine genügende Anzahl Verwandter vorhanden sei, habe der Ehemann einer Schwester kein Recht zur Beistimmung. Eine solche Befugniß sei ihm in casu auch deßhalb nicht zugestanden, weil die Ehefrau gestorben sei. Ein Schwager habe als solcher kein Zustimmungsrecht, sondern nur als Vertreter seiner Ehefrau. Auch das Vorhandensein von Kindern ändere hieran nichts, da das Beistimmungsrecht ein unübertragbares Recht sei und Satzung 159 C. die Kinder nur in die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Mutter succediren lasse.

In seiner Antwort auf die Beschwerde berief sich der Regierungsstatthalter von Aarwangen auf eine bestehende Uebung, nach welcher die Ehemänner weiblicher Verwandter auch dann zur Mitwirkung beigezogen werden, wenn die gesetzliche Anzahl männlicher Verwandter vorhanden ist, davon aber weniger als 3 beistimmen. Im Weitern hielt er dafür, die Kinder seien auch in Bezug auf das Beipflichtungsrecht an die Stelle ihrer Mutter getreten. Da sie

Digitized by Google

minderjährig seien, habe es der Vater als natürlicher Vormund an ihrem Platze ausgeübt.

Der Regierungsrath trat in seinem Entscheid vom 26. Dezember 1876 den Anschauungen des Beschwerdeführers bei und kassirte den Bevogtungsbeschluß.*)

II. Grundbuchführung.

Nach Satzung 956 C. mußten Schadlosbriefe unter Beobachtung der für die Gültbriefe vorgeschriebenen Förmlichkeiten errichtet werden. Das Gesetz vom 8. August 1849 über einige Abänderungen in der Hypothekargesetzgebung führte das Institut der Pfandobligationen ein und stellte in Art. 11 die wesentlichen Bestandtheile derselben fest. In Art. 12, Alinea 1, erklärt es die Pfandobligation als vollständig, „sowie dieselbe nach den für Grundpfandverträge im Allgemeinen vorgeschriebenen Förmlichkeiten ausgefertigt und unterschrieben ist, und der Verpfänder den Empfang des Geldes in einer besondern, der Pfandobligation nachgetragenen Quittung bescheinigt hat."

Der Art. 2, Ziffer 2 l. c. sodann bestimmt: „In Modifikation der Satzung 956 C. können in Zukunft Schadlosbriefe auch ohne vorausgegangene Schatzung in den durch das gegenwärtige Gesetz vorgeschriebenen Formen errichtet werden."

Einige Amtschreiber haben nun in buchstäblicher Auslegung der letztern Bestimmung die Anwendung des Art. 12, Al. 1 in fine auch auf Schadlosbriefe ausgedehnt und weigern sich, solche einzutragen, wenn der Empfangschein des Schuldners darin fehlt. Merkwürdigerweise hat sich diese dem Sinne des Gesetzes und dem Wesen und Zwecke der Schadlosbriefe widersprechende Praxis in einigen Amtsbezirken,

*) Mit vollem Recht; es ist oft kaum begreiflich, wie wenig die individuelle Freiheit geachtet und geschützt wird. K.

Digitized by Google

selbst in Bern, bis zum heutigen Tage erhalten. Man darf die Zahl der Schadlosbriefe, in welchen die Verpfänder den Empfang einer Summe bescheinigten, ohne dieselbe erhalten zu haben, auf viele Hunderte anschlagen. Diese Uebung ist um so bedenklicher, als der fragliche Empfangschein nach Alinea 2 der mehrcitirten Gesetzesbestimmung die Einrede des Nichtempfanges ausschließen soll.

Wir sind nun in der Lage, mitzutheilen, daß der Regierungsrath schon kurze Zeit nach dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 8. August 1849, nämlich am 27. Juni 1850, einen Amtsschreiber auf die erhobene Beschwerde gegen seine Weigerung, einen Schadlosbrief ohne Empfangschein einzuschreiben, hiezu verurtheilt hat. Der Entscheid basirte auf einem Gutachten der Fürsprecher Niggeler und Mathys sel., in welchem sich dieselben „aus voller Ueberzeugung" ausgesprochen hatten wie folgt: „Die Errichtung von Schadlosbriefen kann sowohl in den Formen der Satzungen 955 u. ff. C. als in denjenigen der Pfandobligationen nach dem Gesetz vom 8. August 1849 stattfinden und zwar im letztern Falle ohne daß die in Art. 12 des erwähnten Gesetzes vorgeschriebene Quittung beigefügt werden muß."

Es steht zu erwarten, daß nach dieser Mittheilung die betreffenden Amtschreiber endlich ihren unrichtigen Standpunkt aufgeben werden.

Bemerkung. Die getadelte Praxis der Amtschreiber ist geradezu unbegreiflich. Die Sicherheit wird bestellt für einen künftigen möglichen Schaden, somit für den Fall, als später ein Forderungsrecht entstehen würde und nicht für ein jetzt schon bestehendes, nicht für ein Darlehen. Die Amtschreiber haben daher kein Recht, durch die Forderung einer Quittung für nicht empfangenes Geld den Charakter des Schadlosbriefes zu zerstören. K.

III. Notariat.

1. Nach Satzung 813 C. soll ein Kaufvertrag um Liegenschaften durch einen Amtsnotar desjenigen Amtsbezirks ver-

Digitized by Google

schrieben werden, in welchem der Kaufsgegenstand oder „der größere Theil" desselben liegt.

Ein Amtsnotar hatte Gelübd abgenommen über einen Kaufvertrag um Liegenschaften, wovon der kleinere Flächeninhalt, jedoch der werthvollere Theil in seinem Amtsbezirke lag. Die Einschreibung des Akts wurde verweigert. Auf erhobene Beschwerde erkannte der Regierungsrath:

„Es ist dem Sinn und Geist der Satzung 813 C. gemäß die Beschränkung des Stipulationsrechts bei Liegenschaften, die in 2 Aemtern liegen, so zu verstehen, daß nicht ein Amtsnotar desjenigen Amtsbezirks, in welchem der größere Flächenraum liegt, sondern ein solcher des Amts, wo der größere Werth der Liegenschaften nach der Grundsteuerschatzung sich befindet, den Vertrag über die Gesammtheit derselben stipuliren soll*). Es ist somit im vorliegenden Fall der Amtsnotar zur Verschreibung befugt gewesen und die Weigerung des Amtschreibers unbegründet."

(Entscheid vom 5. September 1851.)

2. In einem Beschwerdefall zwischen einem Amtsnotar und der Hypothekarkassaverwaltung erklärte der Regierungsrath unterm 7. April 1877 eine Muttergutsnachgangserklärung als rechtzeitig erfolgt, welche nach der Gelübderstattung des Verpfänders, dagegen vor der Ausfertigung des Pfandvertrages abgegeben und dem letztern einverleibt worden war. (S. Gesetz vom 22. Juni 1864, § 3.)

3. Ein Notar, welcher im Büreau eines Amtsnotars bleibend angestellt ist, nahm über einen Grundpfandvertrag zu Gunsten der bernischen Kantonalbank das Gelübde des Schuldners ab, und sein Prinzipal, welcher im Zeitpunkte

*) Das Gesetz sagt: „wo der größere Theil desselben gelegen ist"; es kommt somit auf die Größe an, und nicht auf den Werth der Liegenschaft; auf den Umfang und nicht auf die Grundsteuerschatzung, welche ganz irrelevant ist. Der regierungsräthliche Entscheid ist daher nicht zu billigen, und das Gesetz nicht in einem Sinne zu interpretiren, der mit dem klaren Wortlaut unvereinbar ist. K.

Digitized by Google

der Gelübdserstattung nicht anwesend war, unterzeichnete in seiner Eigenschaft als Amtsnotar die Ausfertigung des bezüglichen Aktes. Beide handelten nach einer in mehreren Amtsbezirken bestehenden Uebung. — Der Vertrag wurde in das Grundbuch eingetragen und der Akt der Kantonalbank zugestellt. Der Verwaltungsrath wies ihn aber zurück, weil er einen einfachen Notar, selbst dann, wenn er Angestellter eines Amtsnotars sei, nicht für befugt halte, über solche Verträge das Gelübde abzunehmen. Auf erfolgte Einfrage des sich auf Art. 6 des Kreisschreibens vom 12. Febr. 1834 und die bestehende Praxis berufenden Amtsnotars ließ die Justizdirektion demselben eröffnen: „Daß nach dem Emolumententarif das Recht zur Stipulation solcher Verträge ausschließlich den Amtsnotarien zustehe. Es sei demnach jedem Notar untersagt, über dergleichen Instrumente das Handgelübde abzunehmen; auch der angerufene Art. 6 des Kreisschreibens vom 12. Februar 1834 räume den Notaren diese Befugniß nicht ein."

(Schreiben vom 13. Juli 1877.)

Anmerkung. Wir stimmen dem Entscheide der Justizdirektion bei, halten aber eine nähere Begründung als unerläßlich, weil den vielen in der erwähnten Weise zu Stande gekommenen Notariatsurkunden die Rechtsbeständigkeit nicht ohne Angabe bestimmter Gründe abgesprochen werden darf.

Veranlaßt wurde die unzulässig erklärte Praxis durch Art. 6 des Kreisschreibens vom 12. Februar 1834, lautend:

„Den Amtsnotarien insbesondere ist bei der in dem angeführten § 6, Tit. 3 des Tarifs, angedrohten Ahndung untersagt, Verträge zu unterzeichnen, welche nicht von ihnen selbst oder von Notarien, die in ihren Büreaux bleibend angestellt sind, verschrieben werden und sonst durch ihre Unterschrift auf irgend eine Weise dazu beizutragen, daß Personen, die dazu nicht patentirt sind, Stipulationsrechte der Amtsnotarien ausüben."

Digitized by Google

Diese Bestimmung ist etwas verfänglich redigirt. Mit einem argumentum e contrario und ohne Beachtung der weitern einschlagenden Gesetzesstellen interpretirt, führt sie zu dem vorliegenden Resultate. Es ist jedoch zu bedenken, daß sie in einem Kreisschreiben enthalten ist und somit nicht in einem widersprechenden Sinne ausgelegt werden darf, so lange eine damit übereinstimmende Auslegung möglich ist.

Diese Gesetzgebung kennt nun aber eine solche Befugniß der angestellten Notare nicht. Der Emolumententarif unterscheidet Amtsnotare und Notare, die das Stipulationsrecht nicht haben. Die Rechtsgeschäfte, welche nur von den Erstern beurkundet werden dürfen, sind darin genau angegeben. Um Uebergriffe abzuschneiden, ist in § 6, Theil II, Tit. 3, die Verschreibung aller unter das ausschließliche Stipulationsrecht der Amtsnotare fallenden Verträge und Instrumente Jedermann, besonders denn allen geschwornen Schreibern bei Strafe neben der Ungültigkeit des Kontrakts untersagt.

Eine Unterscheidung der Notare, die das Stipulationsrecht nicht haben, in solche, die bei einem Amtsnotar bleibend angestellt sind oder nicht, ist überall nicht gemacht.

Nach dem Formular vom 28. Mai 1852 schwören die Notare ohne Ausnahme, „keine Akten zu unterschreiben, deren Ausfertigung ihnen nach Ausweis des Patents, das sie erhalten, nicht zusteht.“ Die Patente der einfachen Notare lauten aber alle gleich und außer denselben gibt es nur Amtsnotarpatente.

Es ist bei diesem Stande der Gesetzgebung nicht denkbar, daß der Regierungsrath in seinem Kreisschreiben vom 12. Februar 1834 die Absicht gehabt habe, eine mit derselben nicht übereinstimmende neue Stipulationsbefugniß zu konstituiren. Er war hiezu einerseits nicht kompetent, anderseits wollte er nichts Neues einführen, sondern einzig und allein Mißbräuche der Praxis unter Hinweis auf die Gesetzgebung beseitigen.

Digitized by Google

Die dem Art. 6 des Kreisschreibens gegebene Auslegung ist somit nicht haltbar und ebensowenig die darauf gegründete Praxis. Um nicht bloß zu negiren, wollen wir aber den Versuch wagen, den wahren Sinn dieser Bestimmung klar zu stellen.

Die Veranlassung des Kreisschreibens lag in dem Umstande, daß die Amtschreiber, welchen im Gesetz vom 18. Dez. 1832, § 9, die Ausübung amtsnotarieller Funktionen, zu welchen sie bis dahin berechtigt waren, untersagt wurde, nunmehr in verkappter Weise fortbetrieben. Sie entwarfen das Konzept des Notariatsinstrumentes und ließen einen willfährigen Amtsnotar darüber Gelübd abnehmen und seine Unterschrift darunter setzen. Dabei erfüllten sie selbstverständlich die ihnen obliegende Pflicht der Aufsicht über die amtsnotariellen Stipulationen nicht. Neben den Amtsschreibern stipulirten auch einfache Notare unter Mithülfe eines Amtsnotars in gleicher Weise.

Diesem Unfug wollte das Kreisschreiben dadurch steuern, daß es die Amtsnotare, um sie von der Mitwirkung bei solchen gesetzwidrigen Manipulationen abzuhalten, in die Schranken ihrer Büreaux zurückwies, dem unerlaubten das erlaubte Gebiet gegenüberstellte. Nur die von ihnen oder von Notarien, welche bei ihnen bleibend angestellt waren, abgefaßten Konzepte sollten sie zur Vollständigkeit bringen dürfen, nicht aber solche Stipulationen, die im Grunde nicht ihre eigenen, sondern diejenigen von dritten unberechtigten Personen waren; für diese Auslegung, wonach also das Kreisschreiben den dauernd angestellten Notaren nur die Abfassung des Konzepts zugestand, spricht, daß die Unterzeichnung der von ihnen verfaßten Verträge auch im fraglichen Art. 6 dem Amtsnotar selbst vorbehalten ist.

Das Wort „verschreiben" soll also hier nicht mehr als „schreiben" bedeuten und keineswegs die notarielle Beurkundung eines Rechtsgeschäftes in ihrer Totalität umfassen, in welchem Sinne dieser Ausdruck im bernischen Notariats-

Digitized by Google

recht oft gebraucht ist. Sonst müßte der angestellte Notar auch den Akt unterzeichnen dürfen. Der Amtsnotar darf nur solche Thatsachen mit seiner Unterschrift bezeugen, die er selbst gesehen und gehört hat. Dem Wesen notarieller Beurkundung ganz zuwiderlaufend wäre es, den Notar das Gelübde abnehmen, den Akt aber vom Amtsnotar unterzeichnen zu lassen. Einem in dieser Weise zu Stande gekommenen Akt dürfte der Richter keine höhere Beweiskraft beimessen und er dürfte überhaupt nicht als Notariatsurkunde gelten. Nur was der Notar als eigene Wahrnehmung in einer notariellen Urkunde bestätigt, ist voll bewiesen.

4. Wir fügen einen Entscheid des Bundesrathes bei, welcher das bernische Notariat betrifft.

Herr Amtsnotar S. Seiler in Ursenbach beschwerte sich beim Bundesrath über die Bestimmungen des Emolumententarifs und des Gesetzes vom 21. Februar 1835, wonach die Amtsnotare nur in den Bezirken ihren Beruf ausüben dürfen, in welchen sie ihren Wohnsitz haben. Er beantragte, der Bundesrath möchte diese Vorschriften als mit Art. 31 und 33 der Bundesverfassung im Widerspruch stehend erklären und die Regierung von Bern einladen, dieselben mit der Bundesverfassung in Einklang zu bringen.

Der Bundesrath wies unterm 8. September 1876 den Hrn. Seiler mit seinen Schlüssen ab:

„in Erwägung":

„Die Beschwerde ist einerseits gegen die kantonale Gesetzesbestimmung gerichtet, wonach gewisse Handänderungsverträge nur von einem privilegirten Amtsnotar des Bezirks, in welchem das erhandelte Grundeigenthum liegt, ausgefertigt werden dürfen; anderseits gegen die Bestimmung, wonach die Amtsnotare in Betreff der Verschreibung von Grundpfandrechten auf den Amtsbezirk beschränkt sind, auf welchen ihr Patent lautet. Diese Bestimmungen gehören

Digitized by Google

in das Gebiet des Immobilien- und Hypothekarrechts, und liegen in der Kompetenz der Kantone. Die Regierung von Bern hält dieselben im Interesse einer guten Hypothekarordnung und zur Sicherheit des Hypothekarkredites für nothwendig. Es ist vom Standpunkte der Bundesverfassung aus nichts dagegen einzuwenden, daß die Ausübung des Berufs eines Amtsnotars an gewisse Bedingungen, wie die bezeichneten, geknüpft wird.

Anmerkung. Der Bundesrath scheint bei Abfassung der Erwägungen selbst nicht recht im Klaren gewesen zu sein über das Wesen des Notariats. Nicht weil das Immobilien- und Sachenrecht noch in der Kompetenz der Kantone und die Beschränkung des Stipulationsrechts im Interesse einer guten Hypothekarordnung liegt, hat die Bundesverfassung auf dasselbe keinen Einfluß, sondern weil das Notariat ein positiv öffentlich-rechtliches Institut des konkreten Staates, hier des Kantons Bern, ist. Mit der Argumentation des Bundesrathes würde man dahin gelangen, zu sagen, weil das Obligationenrecht eidgenössisch werde, werde es mit dessen Inkrafttreten auch das Notariat, soweit es auf die Verurkundung persönlicher Forderungsrechte Bezug habe. Die gemachte Unterscheidung privilegirter Amtsnotare innerhalb des einzelnen Amtsbezirkes findet in der bernischen Gesetzgebung keinen Anhalt.

Die für den nämlichen Bezirk patentirten Amtsnotare haben vollständig gleiche Befugnisse. H. L., Notar.

Condictio indebiti in Wechselsachen.

Ist derjenige, welcher infolge der Unterlassung, gegen die Wechselexekution Einspruch zu erheben, zur Zahlung gezwungen worden ist, zur Rückforderung des Bezahlten wegen Nichtschuld, resp. wegen Wechselfälschung berechtigt?

Digitized by Google

Christian Wenger wurde gemäß § 96 ff. der Wechselordnung von Seite der Spar- und Leihkasse M. als Bürge für eine Forderung von Fr. 600 belangt. Die übliche Aufforderung des Richters, „spätestens am nächstfolgenden Werktage seine Verbindlichkeiten zu erfüllen, oder im Falle der Bestreitung derselben den geforderten Betrag bei dem Richter zu hinterlegen" (§ 97 W.-O.), blieb jedoch gänzlich unbeachtet, und ebensowenig wurde gegen die Vollziehung ein nachträglicher Widerspruch erhoben. Erst als der Weibel zur Pfändung schreiten wollte, versuchte W. Einspruch zu erheben, behauptend, seine Unterschrift auf dem fraglichen Wechsel sei gefälscht. Jetzt aber war der Widerspruch natürlich verspätet, so daß dem (angeblichen) Bürgen vorderhand nichts Anderes übrig blieb, als Zahlung zu leisten, was auch geschah. Hierauf trat derselbe gegen den der Fälschung verdächtigen Hauptschuldner Rähm sofort mit einer Strafanzeige auf, infolge welcher letzterer von den Assisen des I. Geschwornenbezirks der Wechselfälschung zum Nachtheil des Anzeigers, beziehungsweise der Spar- und Leihkasse M. schuldig erklärt und gleichzeitig die Unterschrift „Chr. Wenger" auf jenem Wechsel kassirt wurde. Gestützt auf dieses Urtheil wandte sich W. nunmehr an die Spar- und Leihkasse M. mit dem Begehren um Rückerstattung der bezahlten Summe, worauf jedoch diese Anstalt nicht eintrat, indem sie jede dießfallsige Rechtspflicht bestritt. Der Streit kam indeß nicht zu gerichtlichen Austrag, sondern fand seine Erledigung mittelst Vergleich.

War der Anspruch des W. rechtlich begründet? Nach unserm Dafürhalten ist die Frage entschieden zu bejahen. Zwar läßt die Wechselordnung diese Frage offen, wie so manche andere, und sind uns zudem weder gerichtliche noch sonstige Entscheidungen hierüber bekannt. Um so eher und weil die gestellte Frage neben einigem theoretischen auch praktisches Interesse darbietet, sei es uns gestattet, in Nachstehendem die Gründe für unsere Ansicht auseinander zu setzen.

Digitized by Google

1. Darüber kann zunächst kein Zweifel walten, daß W. eine Nichtschuld bezahlt hatte; denn er hatte etwas bezahlt und bezahlen müssen, was er nie schuldig gewesen, er hatte sich nicht als Bürge verpflichtet und überhaupt seine Unterschrift nicht auf jenen Wechsel gesetzt, die Unterschrift „Chr. Wenger", worauf gestützt er belangt wurde, war gefälscht, das ist durch Assisenurtheil, mithin auf rechtsgültige und rechtsverbindliche Weise konstatirt.

2. Wir behaupten nun Folgendes: Paragraph 442 des Vollziehungsverfahrens, nach dem ersten Alinea wörtlich so lautend: „Dem Schuldner, welcher in Folge der Unterlassung des Widerspruchs zur Zahlung gezwungen worden, bleibt jedoch das Recht vorbehalten, das Bezahlte als Nichtschuld zurückzufordern, wenn er den Beweis leistet, daß die Schuld nicht begründet gewesen oder daß er dieselbe wiederholt bezahlt habe." „Die Rückforderungsklage muß innerhalb sechs Monaten, von dem Datum der Bezahlung hinweg zu rechnen, angebracht werden, und der Schuldner hat zuvor für die Kosten des daherigen Prozesses Sicherheit zu leisten" — findet seine Anwendung ebensogut bei Forderungen, die im Wege der Wechselexekution, als bei bloß civilrechtlichen Forderungen, die im ordentlichen Vollziehungsverfahren geltend gemacht worden sind.

Gehen wir zur Rechtfertigung dieser Behauptung auf den Zeitpunkt der Publikation des Vollziehungsverfahrens in Schuldsachen vom 2. April 1850 zurück. Damals und bis zum Inkrafttreten des Gesetzes über die Einführung einer Wechselordnung (1. Januar 1860) kannte man im Kanton Bern noch keine „Wechselexekution", d. h. kein schnelleres Betreibungsverfahren speziell für Wechselschulden, wie überhaupt der Wechsel als besonderes, eigenartiges Institut bis dahin noch nicht gesetzlich anerkannt und normirt war. Für die Geltendmachung von Geldforderungen aller Art (inclusive Forderungen aus Wechseln, die im kaufmännischen Verkehr von jeher faktisch existirten) machte das allgemeine Vollziehungsverfahren vom 2. April 1850 Regel.

Digitized by Google

Wer daher vor Einführung der Wechselordnung eine Wechselforderung rechtlich einkassiren wollte, mußte die Betreibung einleiten durch Erlaß einer Zahlungsaufforderung auf dreißig Tage, mit der Anzeige, daß wenn innert dieser Frist weder Bezahlung noch binnen vierzehn Tagen Widerspruch erfolge, die Vollziehung eintrete und zwar in gleicher Weise, wie diejenige eines rechtskräftigen Urtheils. § 442 V.-V. mußte sich nun auch auf Forderungen aller Art und ohne Ausnahme beziehen und in der That ist es selbstverständlich, daß wer vor dem Inkrafttreten der Wechselordnung infolge der Unterlassung, gegen die Zahlungsaufforderung oder überhaupt gegen die Betreibung Widerspruch zu erheben, zur Zahlung einer Wechselsumme gezwungen wurde, unter den Voraussetzungen des § 442 V.-V. zur Rückforderung derselben berechtigt war.

Die Weigerung der Spar- und Leihkasse, das Bezahlte zurückzuerstatten, eben weil es sich um eine Wechselsumme handelte, involvirt nun die Behauptung, der erwähnte § 442 habe durch die Wechselordnung für Wechselforderungen seine Geltung verloren. Eine solche Behauptung ist aber durchaus unrichtig und sucht in der Wechselordnung selbst vergebens einen Anhaltspunkt. Die Abänderungen, welche das Vollziehungsverfahren in Schuldsachen vom 2. April 1850 durch Einführung der Wechselordnung erlitten hat, lassen sich auf zwei Punkte zurückführen: erstens ist die dreißigtägige Zahlungsaufforderung des Gläubigers durch eine amtliche Aufforderung des Richters auf den nächstfolgenden Werktag ersetzt worden. Die Vollziehung geschieht in beiden Fällen in gleicher Weise, wie diejenige eines rechtskräftigen Urtheils. Zweitens sind die Rechtsferien aufgehoben. Der Ausschluß gewisser Einreden, der formalen Natur des Wechselvertrages entsprechend, gehört in den Wechselprozeß.

3. Zum Ueberfluß berufen wir uns noch auf die Analogie und machen in dieser Beziehung geltend: Die gleiche ratio legis, welche dem zweiten Alinea des § 442 V.-V. zu Grunde liegt, spricht ebensogut für Wechselforderungen,

Digitized by Google

als für bloß civilrechtliche Forderungen und es ist daher auch von diesem Standpunkte aus ein Ausschluß der erstern von der Wohlthat des § 442 nicht begründet. Die Betreibung soll nämlich nur dazu dienen, dem Gläubiger Zahlung seiner Schuld zu verschaffen, nicht dazu, neue Schulden zu erzeugen. Wer aus formellem Zwang genöthigt ist, eine Schuld zu bezahlen, die er nicht anerkennt und die nicht begründet ist, zahlt ebenso eine Nichtschuld, wie derjenige, welcher aus Irrthum etwas bezahlt, was er nie schuldig gewesen oder was er schon einmal bezahlt hat; im eint und andern Falle liegt eine nicht gerechtfertigte Bereicherung des Empfängers vor. Es wird nicht geleugnet werden können, daß diese Gründe bei Wechselforderungen nicht weniger zutreffen, wie bei andern.

Gasser, Ger.-Präs.

Uebersicht der Rechtsprechung des Obergerichts und des Appellations- und Cassationshofes des Kantons Bern.

Februar 1877.

6) Wiedereinsetzungsbegehren wegen Versäumniß der Frist zu Geltendmachung des Eigenthumsrechtes an einer gantrechtlich versteigerten Sache.

Eidgenössisches Laboratorium gegen Schürch.

(15. Februar 1877.)

In einer gantrechtlichen Liquidation wurde die Direktion des eidgenössischen Laboratoriums in Thun auf eine unversteigert gebliebene Drehmaschine angewiesen, und es blieb die letztere bis zum 15. Juni 1875 in der Verwahrung eines Hüters. An diesem Tage ertheilte die Direktion dem Weibel den Auftrag, die Maschine zu versteigern; als aber am 20. August die Steigerung vor sich gehen sollte, ließ S. Schürch der Direktion eine

Digitized by Google

Vindicationskundmachung anlegen, worin er das Eigenthumsrecht an der Maschine in Anspruch nahm, gestützt darauf, daß sie ihm infolge einer am 17. Juni 1875 abgehaltenen Gantsteigerung um zwei Dritttheile der Schatzung zugeschlagen worden sei.

Die Direktion behauptete nun, sie habe bis Anfangs August 1876 von der Beschlagnahme und dem Verkauf der Drehmaschine keine Kenntniß gehabt und sei daher gar nicht in der Lage gewesen, gegen die Versteigerung ihres Eigenthumes mit einer Vindicationsklage aufzutreten. Hierauf gestützt stellte sie das Begehren: Sie sei gegen die Folgen ihrer Säumniß wider die Versteigerung der in der Kundmachung erwähnten Drehmaschine binnen der in § 501 V.-V. vorgeschriebenen nützlichen Frist die Restitution zu verlangen in den vorigen Stand einzusetzen.

Diesem Wiedereinsetzungsbegehren setzte Schürch eine uneinläßliche Antwort entgegen.

In erster Instanz wurde das Wiedereinsetzungsbegehren, in oberer Instanz dagegen die peremptorische Einrede zugesprochen.

Motive:

1. Die gegen das erste Begehren des eidg. Laboratoriums gerichtete peremptorische Einrede fällt offenbar mit der Hauptsache selbst, d. h. mit der Frage zusammen, ob überhaupt gegen die Versäumung der in § 501 V.-V. für die Anbringung eines Restitutionsbegehrens der dort vorgesehenen Art festgesetzten Jahresfrist eine Wiedereinsetzung zulässig sei;

2. diese Frage muß verneint und das erste Rechtsbegehren des Impetranten abgewiesen werden, denn:

a. die Vorschriften der §§ 500 ff. V.-V. haben zum Zweck, denjenigen, welcher an öffentlicher Gant- oder Geltstagssteigerung einen Gegenstand erworben hat, vor Eigenthumsansprüchen Dritter sicher zu stellen, weßhalb in der Regel allfällige Vindicationen *vor* der Steigerung angebracht werden sollen und deren Unterlassung als Verzicht auf das dingliche Recht an der Sache ausgelegt wird;

b. die Vorschriften der §§ 96 ff. P. finden hier keine Anwendung, weil an die Unterlassung rechtzeitigen Einspruchs der Verlust eines materiellen Rechts und keine bloß prozessualen Nachtheile geknüpft und überhaupt hier eine andere und besonders normirte Wiedereinsetzung zur An-

Digitized by Google

wendung kommt; die in den §§ 501 vergl. 52 b V.-V. vorgesehene Jahresfrist ist offenbar aus dem Grunde so lang bemessen, weil sie mit unbedingter Präklusivwirkung ausgestattet werden wollte;

3. wenn nun eine Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der fraglichen Jahresfrist unzulässig ist, so erscheint das zweite Restitutionsbegehren als verspätet, resp. ersessen, und hat Impetrat mit Recht einen uneinläßlichen Antwortschluß demselben entgegengesetzt.

7) Spedition von Wein. Déchet de route, Manco und Verschlechterung. Die Anwendung des tarif spécial berechtigt nur so lange zur Spedition in offenen Wagen, als die Fracht nach diesem niedrigeren Tarife berechnet wird. Wenn daher von Genf bis Bern ein höherer Ansatz gefordert wird, so kann sich die Bahn auch nicht mehr auf eine verminderte Haftbarkeit berufen.

Oswald Nier von Nimes gegen schweiz. Westbahnen.
(22. Februar 1877.)

Auf einer Weinsendung des Herrn Oswald Nier in Nimes an Herrn Spielmann in Bern erzeigte sich ein Manco von 1710 eidgen. Maaß, wofür der Versender von der abliefernden Bahn Entschädigung verlangte. Außer der Verminderung beanspruchte der Kläger auch Vergütung für Verschlechterung des Weines. Die beklagte Bahn berief sich auf schlechte Gebinde bei der Aufgabe und auf ihr Recht bei Speditionen nach Spezialtarif offene Wagen zu benutzen, weßhalb sie für allfällige Wirkungen der Witterung keine Verantwortlichkeit treffe. Gegen diese letztere Behauptung wurde geltend gemacht, der tarif spécial sei nur bis Genf zur Anwendung gekommen, nicht aber von dort bis Bern.

In oberer Instanz wurde dem Kläger sein Klagsbegehren zu $^3/_4$ für das verlorene Frachtgut und zur Hälfte für den übrigen eingeklagten Schaden zugesprochen, und die beklagte Bahngesellschaft zu $^3/_4$ der ergangenen Kosten verurtheilt.

Motive:

1. Der Schaden, dessen Ersatz mit vorliegender Klage gefordert wird, ist doppelter Art; er umfaßt nämlich:

Digitized by Google

a. eine bedeutende Verminderung des zum Transport aufgegebenen Wein-Quantums;

b. eine infolge dieser Verminderung eingetretene Verschlechterung der Qualität des Weins;

2. das Beweisergebniß ad a ist klar und im Wesentlichen unbestritten. Von dem Gesammtquantum des aufgegebenen Weins mit ℔ 31,852 fehlten laut Prozeß-Verbal vom 1. Juli 1873, der von den Ausstellern als Zeugen bestätigt ist, bei der Ankunft in Bern ℔ 4932, oder laut Nachmessung der einzelnen Fässer 1710 eidg. Maaß, d. h. über 15 Prozent;

ad b hingegen hat eine sofortige Feststellung des Schadens nicht stattgefunden und beruht der Beweis desselben, resp. der ursprünglich guten Qualität wesentlich auf dem Umstande, daß eine Anzahl Abnehmer bezeugen, der Wein, welchen sie von fraglicher Sendung erhalten, sei von schlechterer Qualität, als der sonst vom Kläger gelieferte und theilweise ganz unbrauchbar gewesen, in Verbindung mit der von den Sachverständigen bestätigten Thatsache, daß im Allgemeinen der Wein durch längern Transport in nicht vollen Gebinden leidet und bei großer Hitze eine bedeutende Verringerung der Qualität eintreten könne und der zu Gunsten des Absenders sprechenden Vermuthung, daß er nicht verdorbenen Wein zur Spedition aufgegeben habe;

3. den Entlastungsbeweis, welcher nach Satz. 737 C. die Beklagte trifft, hat sie darauf angetreten, daß sie behauptet, Verlust und Verschlechterung seien dem Transport des Weins in offenen, ungedeckten Wagen, beziehungsweise der Sonnenhitze zuzuschreiben, und zu dieser Transportart seien die Bahnen durch den Spezialtarif Nr. 13 der Paris-Lyon-Mediterannee-Gesellschaft, dessen Anwendung Kläger verlangt, befugt gewesen; ferner seien die verwendeten Gebinde zu dem Transport nicht geeignet gewesen;

4. daß Kläger die Anwendung des erwähnten Spezialtarifs, welcher mit dem tarif le plus réduit identisch ist, verlangt hat, ergiebt sich aus der von seinem Angestellten unterzeichneten déclaration d'expédition vom 12. Juni 1873. Richtig ist auch, daß die P.-L.-M.-Gesellschaft sich in den bezüglichen Bestimmungen gegen die aus dieser Transportart sich ergebende Gefahr der Einwirkung der Sonne und des Frostes verwahrt, was, da sie dagegen eine Erleichterung des Frachtsatzes um 10 % gewährt, nicht unzulässig ist. Allein dieser Umstand vermag eine Befreiung der Bahnen von der Schadensersatzpflicht im Ganzen nicht herbeizuführen, denn:

Digitized by Google

a. der größere Theil des Manco ist auf der kurzen Transportstrecke Genf-Bern eingetreten, für welche der Spezialtarif keine Geltung hat, auch keine analoge Reglementsbestimmung nachgewiesen ist, und wo also die allgemeinen civilrechtlichen Normen über Haftbarkeit zur Anwendung kommen, es betrifft dieß ℔ 2880, d. h. 58 % des Gesammtmanco's;

b. die Sachverständigen stellen fest, daß „bei guten Gebinden „und guter Verladung der Einfluß der Hitze in offenen „und ungedeckten Wagen selbst bei langem Transporte „nicht so bedeutend sei, um die Faßreife zu lösen und die „Fugen der Faßböden zu öffnen"; auch deduciren sie aus dem Befund vom 1. Juli 1873, daß „selbst Gebinde „von leichter Construktion in den heißen Junitagen transportirt werden können, ohne eine Leckage von 3 % zu „erreichen;"

Immerhin ist zu beachten, daß thatsächlich ein einziges Faß mit einer zerbrochenen Daube ankam und auch sonst eigentliche Beschädigungen der Gebinde nicht vorgekommen sind, so daß die Verfasser des procès verbal vom 1. Juli 1873 den ganzen Manco unbedingt der Einwirkung der Sonnenhitze zuschreiben zu müssen glaubten;

5. was die Qualität der Gebinde betrifft, so sind die Aussagen der hierüber in Genf und in Bern abgehörten Zeugen nur insofern in Uebereinstimmung, als Beide die Fässer als neu erklären; dagegen stehen sie in Betreff der Ausstellungen, welche sie an denselben zu machen haben, in einem schwer zu lösenden Gegensatz, indem Erstere zahllose kleine Wurmlöcher konstatirt haben wollen, welche hätten müssen ausgebessert werden, während Letztere nur von „etwas schwacher Construktion" und dünnem schwachen Holz sprechen.

Für das Gericht geht indeß namentlich aus den letzterwähnten Aussagen soviel hervor, daß die Gebinde schon bei der Aufgabe zum Transport mit äußerlich nicht erkennbaren Mängeln behaftet waren, welche die Entstehung des Manco's einigermaßen befördern halfen;

6. andrerseits hat Kläger ein positives Verschulden der Bahnen insofern nachgewiesen, als:

a. die Verladung, jedenfalls des Einen der drei Wagen, in Genf eine regelwidrige und schlechte war;

b. der Transport Genf-Bern ein ungemein langsamer genannt werden muß, indem er fünf Tage beanspruchte;

Digitized by Google

c. an einigen Fässern Bohrlöcher sich vorfanden, die mit Zäpfchen verstopft waren und nicht alle der zollamtlichen Untersuchung zugeschrieben werden können, — wobei allerdings zu bemerken, daß die Sachverständigen erklären, diesem Umstande könne nur ein sehr kleiner Theil des Gesammtmanco's zugeschrieben werden;

7. In Zusammenfassung aller dieser Umstände erscheint eine nach billigem Ermessen vorzunehmende Theilung des Schadens (Anal. der Satz. 968 C.) geboten, welche in Betreff der Qualitätsverschlechterung des Weines umsomehr zu Gunsten der Beklagten zu erfolgen hat, als der vom Kläger übernommene Beweis der ursprünglich guten Qualität der ganzen Sendung nicht völlig erbracht wurde;

8. In Betreff der vom Kläger an seine Abnehmer bezahlten Entschädigungen ist noch zu bemerken, daß er hierin ähnlich einem Geschäftsführer ohne Auftrag anzusehen ist und ihm der Ersatz derselben insoweit gebührt, als das Gericht dieselben dem nachweisbaren Schaden entsprechend findet.

8) Geltstag eines Zeugen. Verwerflichkeitseinrede.

Schärer und Mith. gegen Oppliger.
(23. Februar 1877.)

In einem zwischen obigen Parteien obwaltenden Civilprozeß wurde Franz Scheidegger als Zeuge angerufen. Beim Abhörungstermine nun erhob der Gegner des Beweisführers gegen diesen Zeugen eine Verwerflichkeitseinrede, weil er seit Festsetzung des Beweisentscheides in Geltstag erkannt worden sei. Der Beweisführer gab zu, daß über Scheidegger der Geltstag erkennt worden sei, behauptet aber, die Ausführung und Publikation desselben sei bis jetzt unterblieben und das Erkenntniß nicht eröffnet worden; zudem habe Scheidegger die Forderung, wofür er betrieben worden, seither bezahlt.

Die Einrede wurde in beiden Instanzen verworfen.

In Betrachtung:

daß der Geltstag gegen Franz Scheidegger infolge geleisteter Bezahlung vor Eröffnung des daherigen Erkenntnisses und Publikation desselben wieder aufgehoben worden ist, so daß Scheidegger als nicht unter Geltsag gelegen angesehen werden muß.

Digitized by Google

Bemerkung. Wir halten diesen Entscheid für unrichtig, weil er mit den deutlichsten Bestimmungen des Gesetzes sich im Widerspruch befindet.

Die bürgerlichen Folgen des Geltstages treten ein mit der Erkennung des Geltstages und nicht erst mit einer nirgends vorgeschriebenen Eröffnung oder durch die Publikation; durch die Erkennung wird der Geltstager in seiner bürgerlichen Ehrenfähigkeit eingestellt, und von diesem Zeitpunkt hinweg liegt der Betreffende im Geltstag. (§ 600 V.-V.) Durch die Publikation wird die Thatsache der Geltstagserkennung nur zur allgemeinen Kenntniß gebracht, ohne daß an sie besondere, weitere Wirkungen geknüpft würden. Eine Wiedereinsetzung in die bürgerliche Ehrenfähigkeit kann nur erfolgen durch Aufhebung des Geltages, wozu es eines motivirten Beschlusses des Richters bedarf. Auch hier treten die Folgen der Aufhebung sofort, vom Augenblick des richterlichen Erkenntnisses an, ein, und nicht erst infolge der Publikation. Dagegen kann einem solchen aufhebenden Erkenntniß keine rückwirkende Kraft beigelegt werden; der Geltstager tritt wieder in die bürgerliche Ehrenfähigkeit ein, d. h. er ist von nun an wieder ehrenfähig, allein der infolge des Geltstagserkenntnisses eingetretene Verlust wird nicht ungeschehen gemacht. Diese vom Gesetz ausgesprochenen gesetzlichen Folgen des Geltstages dürfen nicht abgeschwächt werden, und das Gericht hat kein Recht, dieselben mit dem Schwamme durchzuwischen oder zu ignoriren. Wird daher ein Advokat oder Notar in Geltstag erkennt, so ist er von diesem Augenblick an unfähig, seinen Beruf auszuüben und notarialische Akten, welche der Geltstager stipulirt, bleiben nichtig, auch wenn infolge gesetzwidrigen Verhaltens die Publikation erst nach Wochen oder Monaten oder gar nicht erfolgt. Er kann seine Thätigkeit erst wieder beginnen, wenn ein den Geltstag aufhebendes Erkenntniß erfolgt ist. Handelt es sich dagegen um einen öffentlichen Beamten, so ist er vom Augenblick der Geltstagserkennung hinweg nicht nur unfähig, sein Amt auszuüben, sondern auch dasselbe zu bekleiden. Es fehlt ihm somit von Stund an die wesentliche Eigenschaft eines öffentlichen Beamten, die bürgerliche Ehrenfähigkeit, und deßhalb soll auch dem Regierungsstatthalteramte zu Handen des Regierungsrathes von einer solchen Geltagserkennung Anzeige gemacht und der Betreffende durch richterliches Urtheil von seiner Stelle entfernt werden. Ob es gerechtfertigt sei, diese Folgen an die Geltstagserkennung zu knüpfen, hat der Richter nicht zu untersuchen, dagegen wird er vielleicht mit einigem Nutzen sich folgenden Ausspruchs Kellers mit Rücksicht auf diesen Verlust der bürgerlichen

Digitized by Google

Ehrenfähigkeit erinnern: „Hier besitzt die Schweiz ein Element der Ehre, von dessen Zusammenhang mit politischen Dingen man heutzutage keinen Begriff mehr hat. Concurs gemacht zu haben, das heißt doch in der Schweiz noch ein Lump sein, und das bedeutet etwas, weit hinaus über das enge Verhältniß zwischen Creditor und Debitor; daß man bei einem Wechsel sein politisches caput riskirt, das ist der ökonomisch wie politisch gleich wichtige Ehrengedanke, den jeder schweizerische Gesetzgeber als ein Kleinod bewahren sollte." K.

JURA BERNOIS.

1. *Régime dotal. — Dot constituée par la femme. — Demande en restitution. — Garantie due pour éviction partielle. — Contre-répétitions formées par les héritiers du mari. — Frais d'établissement d'enfants nés d'un mariage antérieur. — Intérêts de la dot.*

Epoux Bœschenstein contre Hoirie Glatz.

(28 Septembre 1876.)

Le 3 Août 1854 Louis-Ferdinand Glatz, chef d'atelier de monteurs de boîtes à St-Imier, épousa Marie-Virginie née Bréant, veuve de Lucien Læderich audit lieu, décédé en 1849. D'un premier mariage avec Catherine née Helg Louis-Ferdinand Glatz avait eu trois enfants, Léon, Léonie et Elisa Glatz. Du mariage de Marie-Virginie Bréant et de Lucien Læderich étaient issus deux enfants, Emile-Jacques, né le 4 Janvier 1838, et Julie, née le 4 Janvier 1839. — Par contrat du 29 Juillet 1854, reçu Me Gautier, notaire à Courtelary, les époux Glatz-Bréant réglèrent les conditions civiles de leur union conjugale comme suit:

« *Art. 1er.* Mme veuve Læderich se constitue en dot:

a/ une propriété sise à la Chapelle-St-Denis près Paris, se composant de 3 corps de bâtiments et dépendances,

b/ les meubles et effets mobiliers ci-après . . . . . .

c/ ses biens futurs, mobiliers et immobiliers, quelle que puisse en être l'origine.

Art. 2. Le futur époux déclare avoir connaissance de cette dot et consent à demeurer chargé des biens mentionnés

Digitized by Google

sous litt. *a* et *b* par le seul fait de la célébration du mariage, et quant aux biens futurs dès qu'ils lui seront parvenus . . . .

Art. 4. Il y aura entre les comparants une communauté d'acquêts dont les effets seront réglés par les art. 1498 et 1499 C. civ. fr. et qui sera en conséquence composée de tous les bénéfices faits pendant le mariage tant en meubles qu'en immeubles. Chacun des comparants aura la moitié en propriété.

Art. 5. Les biens meubles actifs et passifs que pourrait avoir la future épouse, qui ne sont point entrés dans sa constitution de dot, ainsi que la fortune mobilière active et passive du futur époux, seront régis d'après les dispositions de la loi relatives à la communauté légale. Toutefois les dettes contractées par Mr Glatz et qui sont assurées par des hypothèques, n'entrent pas en communauté; elles restent au contraire à la charge exclusive de celui-ci par la raison que ses immeubles sont aussi exclus de la communauté.

Art. 6. Les futurs époux déclarent avoir pris le régime dotal pour base de leurs conventions matrimoniales et entendent que les dispositions qui précèdent seront régies dans leur application selon la lettre et l'esprit de ce régime.»

Suivant obligation passée le 11 Septembre 1851 devant Me Ivonnet, notaire à la Ferté-sous-Jouarre (France), Marie-Virginie Bréant avait affecté hypothécairement sa propriété sise à la Chapelle-St-Denis en garantie d'une somme de fr. 16,000, due à sa grand-mère, Marie-Nicole née Tachy, veuve d'Etienne-François Sellier, ainsi que des accessoires. Cet immeuble avait été en outre grevé, du chef de Marie-Virginie Bréant et antérieurement à la constitution de dot, d'une 2e inscription hypothécaire du montant de fr. 10,000 au profit du Sr Mogin, rentier à Belleville. Il était stipulé dans l'obligation hypothécaire du 11 Septembre 1851 qu'à défaut de paiement d'une année d'intérêts et 15 jours après un simple commandement de payer resté sans effet, la créancière pourrait exiger le remboursement du capital. Les intérêts échus en 1855 n'ayant pas été payés, Dame veuve Sellier fit diriger des poursuites contre les époux Glatz-Bréant pour obtenir paiement d'une somme totale de fr. 17,600 et ces poursuites aboutirent à l'expropriation de l'immeuble hypothéqué qui, par jugement de l'audience des criées du Tribunal civil de la Seine, en date du 18 Décembre 1856, fut adjugé pour le prix de fr. 44,950 à Henri-François Gamot, propriétaire à Montdidier. — Dame veuve Sellier étant décédée à St-Imier

Digitized by Google

le 28 Février 1865, Marie-Virginie née Bréant, en qualité d'unique héritière, fit dresser, de concert avec Louis-Ferdinand Glatz, le 16 Août suivant, l'inventaire des biens dépendant de sa succession. — Marie-Virginie née Bréant mourut le 30 Avril 1867, sans laisser d'enfants de son 2d mariage. Sa succession fut acceptée par ses deux enfants du 1er lit, Emile-Jacques et Julie Læderich. Cette dernière avait épousé le 25 Août 1857 Jean-Jacques Bœschenstein, pharmacien à St-Imier.

Sous la date du 16 Juillet 1867 les époux Bœschenstein et Emile-Jacques Læderich, agissant celui-ci par son conseil judiciaire, firent notifier à Louis-Ferdinand Glatz un exposé de demande dont les conclusions tendaient à ce qu'il fût condamné 1° à procéder contradictoirement avec les demandeurs *a/* à l'inventaire des biens composant la succession de son épouse défunte, Marie-Virginie née Bréant, *b/* à l'inventaire des communautés de biens qui existaient entre les époux Glatz, 2° à restituer aux demandeurs, héritiers de Marie-Virginie née Bréant, la dot de celle-ci et à procéder, le cas échéant, avec les demandeurs, au partage des biens dépendant desdites communautés. — A l'audience du 27 même mois le défendeur Glatz acquiesça purement et simplement aux conclusions de cet exposé de demande. Il mourut le 20 Octobre 1867, laissant pour héritiers les trois enfants nés de son premier mariage. Le 6 Novembre suivant, par déclaration faite au Greffe du Tribunal de Courtelary, Dame Bœschenstein, tant en son nom personnel qu'au nom de son frère, renonça aux communautés légale et d'acquêts ayant existé entre Marie-Virginie née Bréant et Louis-Ferdinand Glatz. Il n'y avait donc plus, en ce qui concerne ces communautés, à poursuivre l'exécution de l'acquiescement du 27 Juillet 1867. Les parties n'ayant pu s'entendre sur la restitution de la dot, une 1re instance s'engagea par acte du 9 Mai 1870. Dans l'intervalle, soit le 7 Juin 1868, Emile-Jacques Læderich était décédé et sa succession avait été acceptée par sa sœur, Dame Bœschenstein. L'instance ayant été mise à néant ensuite de déclaration de réforme, un nouvel état de réclamations fut signifié à l'hoirie Glatz le 30 Septembre 1871 et, après divers incidents, les époux Bœschenstein produisirent le 5 Novembre 1874 une demande tendant à faire condamner l'hoirie défenderesse à leur payer 1° la somme de fr. 44,950, formant le montant du prix d'adjudication de la propriété sise à la Chapelle-St-Denis; 2° éventuellement, en cas de rejet de ce 1er chef, la somme de fr. 18,950, provenant des valeurs encaissées par Louis-Ferdi-

Digitized by Google

nand Glatz de l'adjudicataire Gamot et due à teneur de deux affectations hypothécaires des 18 Juillet 1857 et 30 Juillet 1861; 3° . . . . . ; 4° . . . . . (*Obs.* les chefs de conclusions n°s 3 et 4 ont été éliminés lors des débats oraux); 5° la somme de fr. 8000, provenant de la succession de Dame Marie-Nicole née Tachy, veuve Sellier, — le tout avec l'intérêt au 5 % dès le 30 Avril 1867, et subsidiairement dès la demande en justice; 6° divers frais et débours occasionnés par le litige pendant entre parties. — A l'appui de leurs conclusions les époux Bœschenstein alléguèrent ce qui suit. La demande du 16 Juillet 1867 avait pour objet la restitution de la totalité des biens dotaux. Par son acquiescement Louis-Ferdinand Glatz a reconnu l'obligation de restituer, sans aucune réserve. Le prix d'adjudication de la propriété dotale sise à la Chapelle-St-Denis représente la valeur de cet immeuble au décès de Dame Glatz. La restitution en nature ne pouvant s'opérer, le prix se trouve subrogé à l'immeuble aliéné. En vertu du contrat de mariage du 29 Juillet 1854 toutes les dettes, tant hypothécaires que chirographaires, de Dame Glatz faisaient partie du passif de la communauté légale établie entre elle et son mari. La dette de fr. 16,000 contractée par acte du 11 Septembre 1851 est donc à la charge exclusive de l'hoirie Glatz, les héritiers de Marie-Virginie née Bréant ayant renoncé à cette communauté. — Louis-Ferdinand Glatz a reconnu devoir, à titre d'emploi, à son épouse, une somme de fr. 18,000 suivant affectation hypothécaire reçue Me Charmillot, notaire à St-Imier, le 18 Juillet 1857, et une somme de fr. 950 suivant affectation hypothécaire passée devant le même notaire le 30 Juillet 1861. — Les valeurs comprises dans la succession de veuve Sellier devenaient dotales aux termes de l'art. 1 litt. *c* du contrat de mariage; il résulte de l'inventaire du 16 Août 1865 qu'une somme de fr. 16,000 était due à veuve Sellier par Henri-François Gamot; c'est le solde de cette créance que les demandeurs réclament sous n° 5. — Tout en énonçant ces divers chefs de demande, les époux Bœschenstein se déclaraient prêts à déduire toutes les sommes que l'hoirie Glatz justifierait avoir valablement payées à qui de droit pour être imputées sur leurs réclamations.

De son côté l'hoirie défenderesse formula les conclusions suivantes: plaise au Juge 1° reconnaître qu'il doit être déduit de la dot immobilière de Dame Glatz née Bréant, soit du prix de vente de la propriété sise à la Chapelle-St-Denis, le montant des hypothèques dont cette propriété se trouvait grevée

Digitized by Google

avant son mariage avec Louis-Ferdinand Glatz, lesdites hypothèques s'élevant en capital à fr. 26,000; 2° reconnaître qu'il doit encore être déduit de cette dot immobilière, soit du prix de vente susmentionné, la somme de fr. 1600 payée sur ce prix pour intérêts arriérés dus à Dame veuve Sellier née Tachy; 3° reconnaître qu'il doit de plus être déduit de ladite dot et des réclamations des demandeurs la somme de fr. 23,000, montant de la dot constituée par Dame Glatz née Bréant à sa fille, Julie Bœschenstein; 4° déclarer qu'il y a en outre à imputer sur les sommes réclamées les valeurs payées par Louis-Ferdinand Glatz à Emile-Jacques Læderich pour son établissement, soit fr. 8351. 85, solde dû après déduction du montant du legs de fr. 4000 fait audit Emile-Jacques Læderich par veuve Sellier suivant testament du 4 Novembre 1852; 5° . . . . . (ce chef de conclusions se réfère aux nos 3 et 4 de la demande); 6° déclarer que les intérêts réclamés en demande ne sont pas dus, les créances dont s'agit s'étant trouvées éteintes avant de devenir productives d'intérêts; 7° reconnaître qu'il y a compensation entre les réclamations des demandeurs et celles que la défenderesse fait valoir sous nos 1, 2, 3 et 4, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives, et partant débouter les demandeurs de tous les chefs de leurs conclusions; 8° les débouter pareillement de leurs réclamations de frais; — *reconventionnellement* condamner les époux Bœschenstein, en leur qualité d'héritiers de Marie-Virginie Glatz née Bréant, à payer à l'hoirie défenderesse: 9° le solde du capital lui revenant sur les sommes dont mention sous nos 1, 2, 3 et 4 ci-dessus, après déduction du montant de la dot de Dame Glatz, soit une somme de fr. 6001. 85; 10° les intérêts de la somme de fr. 27,600, montant des hypothèques avec accessoires qui grevaient les immeubles sis à la Chapelle-St-Denis, à partir du jour du mariage jusqu'à la mort de Dame Glatz, soit fr. 17,537. 50; 11° les intérêts de la somme de fr. 23,000 donnée par Dame Glatz en espèces, à titre de dot, à sa fille suivant contrat de mariage du 23 Août 1857, à partir de cette dernière date jusqu'au 30 Avril 1867, soit fr. 11,116; — ensemble fr. 34,655. 35; 12° l'intérêt légal des sommes réclamées, — sous suite des frais. — La défenderesse articula les faits justificatifs et libératoires ci-après. Marie-Virginie née Bréant n'a pas indiqué dans le contrat de mariage du 29 Juillet 1854 les deux dettes hypothécaires qui grevaient l'immeuble constitué en dot. A la suite de l'expropriation l'adjudicataire Gamot a pris à sa charge le remboursement de ces deux dettes

Digitized by Google

par fr. 26,000 et il a payé, sur le prix de vente, les frais de justice ainsi que les intérêts dus à veuve Sellier, s'élevant à fr. 1600. Louis-Ferdinand Glatz a dès lors subi une éviction partielle de l'immeuble, de sorte qu'il n'était tenu de faire état que du produit de l'expropriation, défalcation faite des sommes employées à l'extinction des hypothèques, comme l'a reconnu Dame Glatz elle-même dans les actes d'affectation de 1857 et de 1861. — La volonté commune des époux Glatz a été d'exclure de la communauté les dettes dont les immeubles de l'une ou de l'autre des parties étaient grevés à l'époque du mariage. Il ressort de l'art. 6 du contrat que la communauté établie par l'art. 5 ne pouvait avoir pour effet de libérer la femme de son obligation de garantie quant aux biens constitués. — Par acte du 16 Juillet 1860 il a été stipulé que Gamot conserverait entre ses mains, sur le prix de son acquisition, une somme de fr. 16,000 en principal, pour la payer à Dame veuve Sellier en acquit de l'obligation hypothécaire du 11 Septembre 1851. Cette somme de fr. 16,000 est celle qui figure à l'actif de la succession Sellier dans l'inventaire du 16 Août 1865. Il y a donc identité entre la réclamation qui a donné lieu à l'expropriation de l'immeuble dotal et la créance que relate l'inventaire. La succession Sellier devait le montant de deux legs, de fr. 4000 chacun, faits par testament du 4 Novembre 1852 à Emile-Jacques et à Julie Læderich. Le legs attribué à Emile-Jacques Læderich lui a été payé au moyen de marchandises livrées par Louis-Ferdinand Glatz; il forme d'ailleurs l'objet d'un procès spécial lié entre parties. Le legs attribué à Julie Læderich a été payé au demandeur Bœschenstein par Glatz le 9 Mars 1866. Quant aux fr. 8000 qui représentent le solde des fr. 16,000 provenant de la succession Sellier, les époux Bœschenstein en demandent la restitution, comme faisant partie de la dot de Marie-Virginie née Bréant. Il suit de là que si leurs comptes étaient admis, il y aurait double emploi d'une même somme au détriment des héritiers Glatz. — Louis-Ferdinand Glatz n'a reçu de l'acquéreur Gamot, à valoir sur le prix de vente, qu'une somme de fr. 23,078. 70 en capital et intérêts échus en 1860 et 1861. Les fr. 16,000 mentionnés dans l'acte du 16 Juillet 1860, ont été acquittés après la mort de veuve Sellier, à la date des 31 Août, 1er Septembre et 16 Décembre 1865. — Lors du mariage de sa fille, Marie-Virginie née Bréant est intervenue au contrat, reçu Me Charmillot le 23 Août 1857, et lui a constitué en dot une somme de fr. 23,000 qui

Digitized by Google

a été intégralement payée aux époux Bœschenstein par Louis-Ferdinand Glatz. Cette avance a été faite ensuite d'engagement de la part de Dame Glatz de rembourser à son mari ledit capital et de lui en bonifier l'intérêt. — Glatz a en outre remis à Emile-Jacques Læderich, pour son établissement, suivant extrait de compte, une somme de fr. 8351. 85.

Dans leur réplique les demandeurs concluent au débouté des conclusions de la défense et subsidiairement, quant au 4e chef, à la réduction de la somme réclamée. Ils allèguent entr'autres *a/* que dès le jour du mariage Louis-Ferdinand Glatz avait l'administration des biens dotaux, qu'il devait, comme administrateur, payer les intérêts échus, qu'en ne les payant pas il a provoqué l'expropriation et que son but était de se procurer des fonds pour son usage personnel, ce qui résulte de l'élection de domicile faite par lui à Paris, dans le cours des poursuites, le 27 Mai 1856; *b/* que la dot de fr. 23,000 spécifiée dans le contrat de mariage des époux Bœschenstein, a été constituée avec l'autorisation de Louis-Ferdinand Glatz, sans que celui-ci se réservât la jouissance des intérêts; *c/* que cette dot n'a pas été fournie par Glatz et que, dans le cas où il l'aurait réellement payée, elle ferait partie du passif de la communauté légale; *d/* qu'il en est de même des sommes que Glatz aurait remises à Emile-Jacques Læderich et qu'en tout cas les époux Bœschenstein n'ont point à rembourser ce qu'il a payé pour son éducation et son entretien. — Les demandeurs contestent la force obligatoire des affectations hypothécaires de 1857 et de 1861, en tant que ces actes renferment des stipulations contraires aux clauses du contrat de mariage des époux Glatz-Bréant.

L'acte d'affectation hypothécaire du 18 Juillet 1857 porte: « Antérieurement à son mariage avec Mr Glatz et pendant son veuvage, la comparante Dame Glatz née Bréant avait grevé la propriété de la Chapelle-St-Denis de deux inscriptions prises l'une pour un capital de fr. 16,000 dû à Dame Marie-Nicole Tachy, veuve d'Etienne-François Sellier, suivant contrat obligatoire du 11 Septembre 1851, et l'autre pour un capital de fr. 10,000 dû à Mr Mogin, rentier à Belleville . . . . . La propriété vendue par expropriation le 18 Décembre 1856 était un immeuble dotal et par conséquent inaliénable de sa nature. Elle pouvait cependant être vendue, ainsi que le permet l'art. 1558 C. civ. fr., pour payer les dettes de Dame Glatz antérieures au contrat de mariage et c'est ce qui a eu lieu puisque Dame veuve Sellier était créancière inscrite sur

Digitized by Google

l'immeuble. Mais comme ni la créance de veuve Sellier ni celle du Sr Mogin n'absorberont le prix de vente qui est de fr. 44,950, le surplus reviendra à Dame Glatz par une somme approximative de fr. 18,000. Aux termes de l'art. 1549 Code civ. fr. Mr Glatz a seul le droit de recevoir le remboursement de cette dernière somme qui reste dotale, à charge par lui d'en faire emploi au profit de sa femme, conformément à l'art. 1558. Cet emploi, au lieu d'être fait en immeubles, consistera, du consentement et de l'agrément de Dame Glatz, en une simple affectation hypothécaire d'un immeuble de son mari à la garantie de la restitution de l'excédant dotal du prix de la propriété de la Chapelle-St-Denis. En conséquence Mr Glatz affecte, oblige et hypothèque spécialement jusqu'à concurrence de fr. 18,000 en principal et des accessoires légitimes, au profit de sa femme qui accepte, l'immeuble dont la désignation suit . . . . . Et au moyen de la présente affectation hypothécaire Mr Glatz pourra toucher et recevoir l'excédant du prix de l'acquéreur Gamot ou de tous autres qu'il appartiendra et en donner bonne et valable quittance» . . . . . Dans l'acte d'affectation du 30 Juillet 1861 qui n'est que le complément du premier, les parties exposent «que l'excédant du prix de vente de l'immeuble dotal par fr. 18,950 étant dotal, Mr Glatz ne pouvait en recevoir le remboursement que moyennant par lui en faire emploi; que cet emploi a eu lieu, mais pour fr. 18,000 seulement, au moyen de la constitution d'hypothèque du 18 Juillet 1857; qu'il s'agit aujourd'hui de compléter cet emploi afin que Mr Glatz puisse recevoir le remboursement des fr. 950 restant sur l'excédant du prix de la propriété, ce qui va avoir lieu par la nouvelle constitution d'hypothèque qu'il consent au profit de son épouse jusqu'à concurrence de fr. 950 et des accessoires».

Statuant sur les conclusions respectives des parties, la Cour d'Appel et de Cassation a rendu l'arrêt suivant le 28 Septembre 1876:

Considérant:

A. En ce qui concerne les réclamations des demandeurs

1. que les conditions civiles du mariage de Louis-Ferdinand Glatz et de Marie-Virginie née Bréant, veuve Læderich, ont été déterminées par contrat passé devant Me Gautier, notaire à Courtelary, le 29 Juillet 1854,

Digitized by Google

2. que dans cet acte les futurs époux ont adopté comme base de leurs conventions matrimoniales le régime dotal et que Marie-Virginie née Bréant a déclaré se constituer en dot une propriété sise à la Chapelle-St-Denis près Paris, provenant de la succession de son père, Jean-Baptiste Bréant,

3. qu'il est établi que l'immeuble constitué en dot était grevé, du chef de Marie-Virginie née Bréant, antérieurement au mariage, de deux inscriptions hypothécaires non mentionnées dans le contrat, l'une du montant de fr. 16,000 au profit de Dame Veuve Sellier née Tachy, rentière à la Ferté-sous-Jouarre en vertu d'un titre obligatoire du 11 Septembre 1851, l'autre du montant de fr. 10,000 au profit du Sr Mogin, propriétaire à Belleville,

4. qu'ensuite d'expropriation provoquée par la créancière veuve Sellier, cet immeuble a été adjugé, suivant jugement du Tribunal civil de la Seine du 18 Décembre 1856, à Henri-François Gamot, propriétaire à Montdidier, pour le prix de fr. 44,950,

5. que la restitution en nature (art. 1564 C. civ.) n'étant plus possible, les demandeurs, ayants cause de l'épouse Glatz, réclament, au lieu et place du fonds dotal, la bonification intégrale du prix de vente,

6. que par son acquiescement du 27 Juillet 1867 Louis-Ferdinand Glatz n'a reconnu que le principe de la restitution et que cet acquiescement ne lui est opposable que sous le bénéfice des dispositions qui régissent la dot,

7. que l'adjudicataire Gamot, en conformité d'une convention du 16 Juillet 1860, a gardé par-devers lui la somme de fr. 16,000 due à Veuve Sellier pour la verser aux héritiers de cette dernière et qu'il ressort des pièces de la procédure que le capital de fr. 10,000 dû au Sr Mogin a été pareillement prélevé sur le prix de vente perçu par Louis-Ferdinand Glatz,

8. qu'à teneur de l'art. 1547 C. civ. celui qui constitue une dot est garant des objets constitués; que ce principe s'applique à la femme comme aux tiers et que l'effet de l'obligation de garantie imposée au constituant est de le rendre responsable du préjudice qu'éprouverait le mari si, en sa qualité de détenteur des biens dotaux, il était tenu de restituer ce qu'il n'a pas réellement reçu; que les deux sommes de fr. 16,000 et de fr. 10,000 comprises dans la valeur représen-

Digitized by Google

tative de l'immeuble aliéné ayant été affectées aux créances hypothécaires, il en est résulté pour Louis-Ferdinand Glatz une éviction partielle qui autorise ses héritiers à déduire ces mêmes sommes du prix d'adjudication; que cette déduction quant au capital de fr. 16,000 se justifie d'autant plus que la somme de fr. 8000 recueillie par Marie-Virginie née Bréant dans la succession de Veuve Sellier et réclamée sous n° 5 des conclusions de la demande, n'est que le solde dudit capital, défalcation faite des deux legs attribués par testament du 4 Novembre 1852 à Emile-Jacques Læderich et à Dame Julie Bœschenstein, d'où il suit que si l'hoirie Glatz était astreinte à bonifier les fr. 16,000 dont s'agit, les demandeurs recevraient en réalité deux fois une valeur identique,

9. qu'en déclarant qu'il avait connaissance de la dot (clause n° 2 du contrat de mariage), Louis-Ferdinand Glatz n'a point renoncé au droit d'invoquer la garantie; que cette déclaration constate seulement que les biens immobiliers et mobiliers constitués en dot lui étaient connus *in specie* et que l'on ne peut en induire qu'il connût les charges hypothécaires,

10. qu'au surplus l'immeuble dotal a été vendu pour payer des dettes de Dame Glatz ayant date certaine antérieure au mariage; que la règle générale en pareil cas est que l'excédant seul du prix de vente reste dotal (art. 1558 C. civ.) et qu'ainsi le mari n'a pas à restituer comme bien dotal ce qui en droit a cessé de l'être, c'est-à-dire les sommes destinées à désintéresser les créanciers,

11. que les demandeurs objectent vainement que les dettes hypothécaires grevant l'immeuble lors du mariage seraient tombées dans la communauté légale établie par la clause n° 5 du contrat; qu'en effet:

a. cette communauté légale se restreignait aux biens meubles actifs et passifs qui n'étaient point entrés dans la constitution de dot; or la constitution de dot comprenait l'immeuble sis à la Chapelle-St-Denis, tel qu'il se trouvait à cette époque, soit avec ses charges hypothécaires et en le constituant l'épouse Glatz ne pouvait le transformer en immeuble franc,

b. des termes mêmes de la clause n° 5 il appert que les parties entendaient exclure de la communauté légale toutes leurs dettes hypothécaires par le motif que leurs immeubles en étaient exclus; s'il n'a pas été fait mention

Digitized by Google

de celles de Dame Glatz, c'est que la constitution de dot n'énonçant aucune charge, Glatz devait supposer que la propriété constituée était libre de toute inscription (v. art. 1156, 1161, 1163 C. civ.),

c. une interprétation contraire impliquerait l'existence d'un dol et dès lors la stipulation invoquée serait inefficace (arg. d'anal. de l'art. 1628 C. civ. — cf. art. 1134 in fine ib.),

12. que l'on ne peut admettre non plus que l'expropriation soit imputable à Louis-Ferdinand Glatz, puisque la dette hypothécaire du 11 Septembre 1851 ne lui a été révélée que par le fait des poursuites; qu'en vertu de son titre Dame Veuve Sellier pouvait, à défaut de paiement d'une année d'intérêts, exiger le remboursement immédiat de l'obligation; qu'elle a usé de ce droit et que le mari, simple administrateur et usufruitier de la dot, n'était pas tenu de rembourser le capital de ses deniers (cf. art. 1549, 1562, 611 C. civ.),

13. que l'argument tiré de l'élection de domicile faite par acte du 27 Mai 1856 est sans valeur, cette élection de domicile n'ayant eu d'autre but que de régulariser et de simplifier la procédure d'expropriation en vue de prévenir une accumulation de frais,

14. que la déduction de fr. 26,000 réclamée par l'hoirie défenderesse (v. déf. concl. n° 1) doit donc être admise; mais qu'en revanche rien ne prouve que l'adjudicataire ait payé à Veuve Sellier la somme de fr. 1600, montant des intérêts échus (v. déf. concl. n° 2); que ce paiement n'est relaté dans aucune des pièces produites et qu'il ressort des indications fournies par la quittance définitive du 16 Décembre 1865 qu'en se libérant entre les mains de Louis-Ferdinand Glatz, Gamot n'a imputé sur le prix d'adjudication que la valeur en capital des créances Sellier et Mogin; que dans les deux affectations hypothécaires du 18 Juillet 1857 et du 30 Juillet 1861 Louis-Ferdinand Glatz a fixé lui-même à fr. 18,950 l'excédant du prix dont il devait emploi à sa femme conformément à l'art. 1558 C. civ.; qu'il ne déduisait ainsi de la somme de fr. 44,950 que fr. 26,000, se reconnaissant débiteur du surplus et que cette reconnaissance est obligatoire pour ses héritiers,

15. que la réclamation de fr. 8000 formant l'objet du 5° chef n'est pas contestée;

Digitized by Google

B. En ce qui concerne les contre-réclamations de l'hoirie défenderesse

1. que ces contre-réclamations comprennent d'une part le montant des sommes versées pour l'établissement de Dame Julie Bœschenstein née Læderich et d'Emile-Jacques Læderich (déf. concl. nos 3 et 4), d'autre part les intérêts des prélèvements hypothécaires et de la dot de Dame Bœschenstein (ib. concl. nos 10 et 11),

2. qu'aux termes de l'art. 1555 C. civ. la femme peut, avec l'autorisation de son mari ou de justice, donner ses biens dotaux pour l'établissement des enfants nés d'un mariage antérieur,

3. que Dame Glatz née Bréant, assistée de son mari, est intervenue au contrat de mariage des époux Bœschenstein, reçu Me Charmillot, notaire à St-Imier, le 23 Août 1857 et a constitué en dot à sa fille une somme de fr. 23,000,

4. que cette somme ne pouvait être prélevée que sur ses biens dotaux puisque Dame Glatz ne possédait à titre de bien paraphernal que sa part indivise dans une maison située à la Ferté-sous-Jouarre et vendue plus tard pour le prix de fr. 4600,

5. que la dot de fr. 23,000 a été acquittée par Louis-Ferdinand Glatz et que dès lors il doit lui en être fait état dans le compte de restitution,

6. que l'hoirie défenderesse réclame l'imputation de fr. 8351. 85 pour avances faites à Emile-Jacques Læderich et produit à l'appui de ses conclusions un extrait des livres de Louis-Ferdinand Glatz en date du 11 Juin 1872,

7. que si les demandeurs qui invoquent eux-mêmes en procédure les livres de Louis-Ferdinand Glatz, sont non recevables à en critiquer la force probante (art. 170 C. pr. civ.), il y a lieu par contre d'éliminer toutes les dépenses qui n'ont pas le caractère de frais d'établissement, ces frais seuls pouvant, d'après la loi, être imputés sur la dot, à l'exclusion des frais d'entretien, de pension et d'apprentissage (art. 1409 no 5, 851 et 852 C. civ.),

8. que dans la catégorie des frais d'établissement d'Emile-Jacques Læderich rentrent les dépenses faites dès le 13 Juin au 11 Novembre 1863 et formant une somme totale de fr. 5133. 85,

Digitized by Google

9. qu'il n'est pas justifié qu'un engagement quelconque ait été pris par Dame Glatz quant aux intérêts desdites avances,

10. que Dame Glatz n'a pas apporté en dot une valeur de fr. 44,950, mais un immeuble, non estimé, dans l'état où il était au moment du contrat (v. suprà); que l'usufruit appartenant au mari ne portait que sur l'objet réel de la dot, soit sur une propriété grevée de charges hypothécaires et que le mari ne peut conséquemment prétendre que l'existence de ces charges et les prélèvements opérés sur le prix de vente en faveur des créanciers, aient altéré ou amoindri son droit limité de jouissance,

11. que d'ailleurs par les affectations hypothécaires de 1857 et de 1861 Louis-Ferdinand Glatz a virtuellement renoncé à toute réclamation de ce chef,

12. qu'en outre le montant intégral des loyers de l'immeuble lui a été payé jusqu'à l'expropriation,

13. que lors de la constitution de dot stipulée avec son concours dans le contrat de mariage des époux Bœschenstein, Glatz n'a fait aucune réserve au sujet de la jouissance du capital constitué (art. 1555 C. civ.),

14. que la défenderesse allègue, à la vérité, que Dame Glatz se serait engagée à bonifier à son mari les intérêts de la dot, mais que la preuve de cette allégation n'est point établie,

15. que partant les réclamations reconventionnelles figurant sous nos 10 et 11 des conclusions de la défense sont inadmissibles,

Attendu qu'il résulte de ce qui précède que Louis-Ferdinand Glatz avait à restituer fr. 26,950 et que ses contre-répétitions s'élevaient à fr. 28,133. 85,

Attendu que la compensation s'est opérée jusqu'à due concurrence dès le 30 Avril 1867, date du décès de Marie-Virginie née Bréant et qu'ainsi, à cette date, Louis-Ferdinand Glatz restait créancier d'un solde de fr. 1183. 85,

Attendu que les intérêts de ce solde ne sont dus qu'à partir de la demande en justice (art. 1153 C. civ.), soit dès la production de la défense de l'hoirie Glatz dans la procédure réformée par les époux Bœschenstein (3 Novembre 1870),

P. C. M.

La Cour condamne les demandeurs à payer à l'hoirie défenderesse la somme de fr. 1183. 85, plus les intérêts au

Digitized by Google

5 % dès le 3 Novembre 1870, les condamne en outre à lui payer la moitié des frais de l'instance.

Observation. C'est au système matrimonial établi par le contrat du 29 Juillet 1854 que doivent avant tout être attribuées les difficultés qui ont surgi entre les héritiers des époux Glatz-Bréant. Dans ce contrat se trouvent réunis trois régimes qui s'excluent en partie; et comme si cette combinaison hétérogène ne suffisait pas pour engendrer des conflits, les contractants donnent à la communauté légale introduite par la clause n° 5 un caractère et des effets spéciaux, la transformant ainsi en communauté conventionnelle. La loi laisse aux époux, il est vrai, une entière liberté pour le règlement de leurs intérêts pécuniaires (art. 1387) et l'art. 1581 prévoit le cas où le régime dotal se combine avec la communauté réduite aux acquêts. Mais il est difficile de concevoir, au point de vue juridique, la stipulation simultanée d'une communauté réduite aux acquêts et d'une communauté légale, l'actif et le passif de ces deux associations ne se composant pas des mêmes éléments (v. art. 1401, 1409, 1498). Il y a pareillement contradiction dans la coexistence du régime dotal qui divise et isole les intérêts des époux et de la communauté légale qui les confond. J.

2. *Action en bornage. — Jouissance entre co-propriétaires. — Servitude réclamée sur un fonds précédemment indivis. — Effets du partage.*

Joseph Piegay contre Jean-Pierre Fridez.
(30 Novembre 1876.)

Dans un exposé de demande notifié le 21 Novembre 1874 à Jean-Pierre Fridez, cultivateur au Maira, commune de Buix, Joseph Piegay, propriétaire au même lieu, articulait les faits suivants. La parcelle n° 49 sect. E du plan cadastral de Buix appartient par moitié au demandeur et au défendeur. Jusqu'en 1873, sur ce terrain joûtant à l'ouest le n° 48, propriété de Fridez et à l'est le n° 50, propriété de Piegay, il existait une grange, jouie par tous deux en commun. Cette grange étant tombée en ruine dans le courant de 1873, chacun des co-propriétaires a reconstruit de son côté un nouveau bâtiment adossé aux anciens, de telle sorte que la grange autrefois indivise

Digitized by Google

est actuellement remplacée par deux constructions distinctes que sépare une cloison mitoyenne. La reconstruction a eu lieu sur la base d'un partage par égales portions, soit par moitié, de l'assise de l'ancienne. Les parties avaient préalablement fait venir sur les lieux M. Vallat, géomètre du cadastre, pour partager les terrains indivis. M. Vallat procéda le 29 Juillet 1873 à cette opération; trois bornes furent plantées, l'une près du mur de derrière de l'ancienne grange, l'autre à l'entrée et la 3e près du chemin public; la ligne indiquée par ces trois bornes est perpendiculaire aux seuils de l'ancienne grange et les partage par le milieu; elle se prolonge directement jusqu'au chemin, pour délimiter l'aisance n° 47 1/2 située au sud, soit entre la grange et le chemin, et la répartir dans la même proportion que l'assise du bâtiment. Le géomètre avait dressé procès-verbal de cet abornement; mais Fridez a refusé d'y adhérer. — Piegay concluait en conséquence à ce qu'il fût dit et reconnu: 1° que le défendeur est condamné à souffrir le bornage de l'assise de la grange n° 49 du cadastre, ainsi que de l'aisance contigüe, 2° que la ligne de partage sera tracée depuis le mur de derrière côté du nord jusqu'au chemin public au midi, perpendiculairement aux seuils de grange et de manière à les diviser en deux parties égales, — ladite ligne déjà indiquée sur le terrain par trois bornes, 3° que le demandeur est autorisé à faire opérer au plan cadastral les changements résultant de la délimitation dont s'agit.

Tout en acquiesçant au 1er chef de la demande, Fridez conclut au débouté des chefs nos 2 et 3 pour autant que le bornage réclamé aurait pour effet de modifier les conditions et le mode de jouissance de la parcelle 47 1/2 à partir du seuil de la grange jusqu'à la route. Il formula en outre des conclusions reconventionnelles tendant à faire dire et reconnaître: 1° que le défendeur a le droit de placer et de maintenir son emplacement de fumier devant sa grangerie et écurie, c'est-à-dire sur la partie de la parcelle 47 1/2 correspondant à l'assise de la portion de grange lui appartenant ensuite de la division du bâtiment réclamée par le n° 1 des conclusions du demandeur, 2° que pour le service de sa grange et écurie il possède un droit de passage sur la parcelle 47 1/2 tel qu'il en a joui jusqu'à présent, c'est-à-dire s'étendant sur la partie de ladite parcelle dont le demandeur revendique la propriété exclusive, 3° qu'il à le droit exclusif de ramasser les boues sur toute l'étendue de la parcelle 47 1/2. — Les faits allégués en défense se résument comme suit. Le demandeur Piegay est propriétaire

Digitized by Google

de la maison n° 50 à l'est de la grange, pour l'avoir recueillie dans la succession de ses père et mère. Ceux-ci qui possédaient déjà la moitié de ladite maison, en ont acquis l'autre moitié par acte d'échange passé entre eux et les époux Joseph Fridez et Françoise née Corbat, père et mère du défendeur, le 17 Mars 1830. A cette époque la maison n° 48, sise à l'ouest de la grange, appartenait à l'échangiste Joseph Fridez, par qui elle est parvenue au défendeur. Dans l'acte d'échange du 17 Mars 1830 il a été stipulé « que chacune des parties aurait son emplacement de fumier devant sa grangerie et écurie respective ». En conformité de cette stipulation le fumier de Joseph Fridez a toujours existé sur la partie de la parcelle d'aisance 47 1/2 correspondant à la portion de grange et écurie dont il jouissait, et le fumier de Piegay a de même toujours existé sur la portion de ladite parcelle correspondant à l'autre partie de grange et écurie. Il en est encore de même aujourd'hui. — La parcelle 47 1/2 a toujours été jouie en commun par les co-propriétaires de la grange indivise de la manière indiquée ci-dessus: chacun d'eux avait droit de passage sur la totalité de l'aisance pour le service de sa portion de grange. — Ce droit de passage est indispensablement nécessaire au défendeur pour entrer dans sa grange et en sortir avec voitures attelées. Si la parcelle 47 1/2 était divisée en deux parties dans le sens de la division de la grange, Fridez ne pourrait desservir sa grange sans emprunter le terrain du voisin et passer sur la portion qui devrait échoir à Piegay. — Jusqu'ici les co-propriétaires ont payé en commun les contributions foncières de la grange et de l'aisance. C'est afin que chacun pût payer séparément sa part de contributions et sût ce qu'il avait, que l'on convint de faire mesurer le terrain par un géomètre; Piegay l'a encore déclaré au fils Fridez après le mesurement, en ajoutant que par là on n'avait entendu rien changer ni à la jouissance de l'aisance ni aux droits des parties. La plantation de bornes n'était qu'à titre purement provisoire. — D'ailleurs l'abornement pratiqué par le géomètre Vallat ne divise point l'aisance en deux parties égales; la différence de surface à l'avantage de Piegay est de six mètres carrés au moins et toutes réserves sont faites pour la rectification de cette erreur. — La nouvelle construction ne forme réellement qu'un corps et non deux bâtiments distincts. — Outre le droit de passage et celui de placer son fumier sur la partie de la parcelle 47 1/2 correspondant à sa grange, le défendeur possède encore, en vertu de la convention du 17 Mars 1830, le droit

Digitized by Google

exclusif de ramasser les boues sur toute l'étendue de l'aisance commune.

Le demandeur, dans sa réplique, déclare ne pas contester à Fridez le droit de placer son fumier devant sa grangerie et écurie, mais sans que l'on puisse induire de la présence de ce dépôt de fumier sur telle ou telle portion de son terrain une servitude quelconque sur la propriété voisine. Il conclut par contre au rejet des autres chefs de la demande reconventionnelle, en faisant observer que si, à l'époque où l'aisance était indivise, le passage s'exerçait indistinctement sur la totalité de la parcelle, ce mode de jouissance a été aboli en 1873. Il dénie que le fumier Fridez ait jamais dépassé la moitié de l'aisance. Quant au fumier Piegay, il se trouve sur la parcelle nº 51 qui est la propriété exclusive du demandeur. Dans le cas où une erreur aurait été commise lors du mesurement, Piegay consent d'avance à ce qu'elle soit rectifiée.

L'acte du 17 Mars 1830, invoqué comme moyen de preuve par le défendeur, renferme les énonciations ci-après : « Fridez et son épouse ont donné en échange à Joseph Piegay leur part, soit la moitié d'une maison, l'autre moitié appartenant déjà audit Piegay, située au Maira, sect. A nº 65, avec ses aisances et dépendances, telles que Fridez les a possédées jusqu'à ce jour, entre la grangerie de Piegay de vent, son verger de bise, le chemin de midi..... Les parties ont convenu de plus que chacune d'elles aurait son emplacement de fumier devant sa grangerie et écurie respectives; que ledit Piegay ne pourrait ramasser ses boues au-delà des bornes plantées devant ses grangerie et aisance »..... — Le serment ayant été déféré sur divers faits au demandeur Piegay, celui-ci a déclaré lors de l'administration des preuves : « Avant l'abornement chaque partie passait sur l'aisance comme elle l'entendait... La délimitation du 29 Juillet 1873 a eu lieu d'un côté pour déterminer la part de chacun dans les contributions à payer, d'un autre côté pour fixer définitivement les droits de chacun. Je nie avoir dit quoi que ce soit au fils du défendeur au sujet des droits de jouissance de l'aisance.... Je lui ai dit que, l'abornement étant fait, je ne pouvais rien y changer, mais qu'il pouvait passer aussi longtemps que je ne lui dirais rien. Je ne me rappelle pas si c'est moi qui suis allé trouver le fils Fridez pour faire procéder à l'abornement. A cette occasion je lui ai dit que c'était pour déterminer définitivement les droits des parties. » — D'après la déclaration du géomètre

Digitized by Google

Vallat, entendu comme témoin, « les parties étaient parfaitement d'accord au sujet de la délimitation du terrain; une fois cette délimitation établie pour la remise, on divisa également l'aisance par un prolongement de ligne jusqu'à la route où il fut planté une borne. » Le témoin a entendu que cette aisance était aussi divisée d'une manière définitive; pendant ce temps-là il n'a pas été question de jouissance. Fridez lui a déclaré après la plantation des bornes qu'il n'entendait pas perdre sa jouissance sur ce terrain: c'était avant la rédaction du rapport. — Le procès-verbal dressé par l'expert Hantz constate *a)* que les nouvelles constructions sont établies sur les fondements et les dimensions de l'ancienne grange, mais qu'elles forment deux bâtiments séparés en deux parties égales, *b)* que l'abornement du géomètre Vallat divise l'aisance 47 1/2 en deux parties inégales, que toutefois l'inégalité n'est que d'un mètre carré 18 cent. dont la moitié revenant à Fridez représente 6 pieds carrés et demi. — Une inspection supérieure de l'objet du litige a eu lieu le 17 Juillet 1876, ensuite d'arrêt préparatoire de la Cour. Des constatations faites par la Commission déléguée il appert que le fumier du demandeur Piegay est en entier sur la parcelle n° 51, propriété de ce dernier; que celui du défendeur, de forme à peu près rectangulaire et d'une hauteur moyenne de 1 mètre 80 centimètres, occupe la parcelle n° 47 et une partie de l'aisance n° 47 1/2, en face de l'écurie et de la grange Fridez; sa longueur, soit la distance entre l'angle nord-est et l'angle sud-est, est de 8 mètres 90 centimètres. Le procès-verbal d'inspection ajoute: « Afin d'apprécier les difficultés d'accès la Commission fait procéder à diverses expériences, d'abord avec un char vide, traîné à bras, puis avec le même char attelé de deux chevaux et conduit alternativement par Fridez et par Piegay, enfin avec deux chevaux conduits à la main et marchant de front. Il résulte de ces expériences que, par suite de la présence et des dimensions du fumier de Fridez, le passage, restreint à la largeur de la portion d'aisance qui devrait échoir au défendeur, s'opère avec difficulté et nécessite de grandes précautions; mais la Commission n'admet pas qu'il soit absolument impossible de passer soit avec voitures, soit avec bétail, sans empiéter sur la moitié d'aisance revenant au demandeur. »

Par arrêt du 30 Novembre 1876 confirmant le jugement rendu en 1re instance par le Tribunal civil de Porrentruy, la Cour d'Appel et de Cassation a statué comme suit:

Digitized by Google

Considérant :

A. Quant à la demande principale :

1. que le 1er chef de conclusions n'est pas contesté et que Fridez ne conclut au rejet des 2d et 3me chefs qu'en tant que le bornage porterait atteinte aux droits qu'il revendique dans sa demande reconventionnelle,

2. que la réserve faite en défense touchant l'attribution d'une quantité égale de terrain à chacune des parties, est admise par le demandeur,

B. Quant à la demande reconventionnelle :

1. que Piegay reconnaît en principe le droit énoncé au 1er chef de cette demande, mais conteste les conséquences que le défendeur voudrait en faire découler pour justifier l'existence d'une servitude de passage,

2. qu'antérieurement à 1873 la parcelle n° 47 1/2 était indivise entre parties, de même que l'ancienne grange; que cet état d'indivision autorisait chaque co-propriétaire à jouir de la totalité du terrain et que, la jouissance commune ayant eu lieu en vertu du droit de propriété et non à titre de servitude, Fridez ne peut l'invoquer comme fondement juridique du 2d chef de sa demande,

3. qu'en 1873 les parties ont d'un commun accord partagé tant l'assise de l'ancienne grange que la parcelle n° 47 1/2; que le défendeur prétend que l'opération était seulement destinée à faire cesser l'indivision quant à la nue-propriété, sans modifier les conditions de jouissance et que l'abornement auquel il a été procédé n'avait qu'un caractère provisoire; mais que la preuve de ces allégations n'est point fournie et qu'il ressort au contraire de la déclaration sermentale de Piegay, corroborée par le témoignage du géomètre Vallat, que la délimitation convenue avait pour but de fixer définitivement, sans distinction ni réserve, les droits respectifs des parties,

4. qu'ensuite de ce partage Fridez est censé n'avoir jamais eu aucun droit sur la moitié d'aisance attribuée à Piegay (v. art. 883 C. civ.),

5. que du reste il s'agit, dans l'espèce, d'une servitude discontinue qui ne pourrait s'acquérir par la possession, même immémoriale (art. 691 ib.),

Digitized by Google

6. que l'argument déduit de ce que l'indivision de jouissance serait inhérente à la nature des lieux et devrait dès lors être maintenue, n'est pas justifié; que l'inspection supérieure constate en effet que, si le passage, réduit à la largeur de la partie d'aisance revenant au défendeur, s'opère avec difficulté, à raison de la présence et des dimensions du fumier de Fridez, il n'est cependant pas impossible de passer, soit avec voitures, soit avec bétail, sans empiéter sur la moitié d'aisance du demandeur; — que d'autre part Fridez ne prouve point que le fumier qui fait obstacle au passage ait toujours occupé l'emplacement actuel; que par l'acte d'échange du 17 Mars 1830 il a été stipulé que les parties auraient leurs fumiers, non devant l'ancienne grange, mais « devant leurs grangeries et écuries respectives », situées au levant et au couchant de cette dernière; que l'aisance servant d'accès à l'ancienne grange et correspondant au n° 47 1/2 du plan cadastral devait donc rester libre, conformément à sa destination, et que Fridez allègue ainsi à tort que ledit acte lui conférerait le droit de maintenir son fumier sur cette parcelle,

7. que l'indivision de jouissance ne résulte pas non plus du mode de construction de la nouvelle grange laquelle se compose de deux corps de bâtiment distincts et séparés,

8. qu'en ce qui concerne le 3me chef de la demande reconventionnelle, la simple prohibition contenue dans l'acte d'échange de 1830 ne constitue point à elle seule un titre justificatif du droit réclamé et qu'au surplus cette stipulation, en admettant qu'elle eût réellement créé un droit, est aujourd'hui sans valeur, les parties n'ayant fait aucune réserve au sujet de l'enlèvement des boues lors du partage de 1873,

P. C. M.

la Cour adjuge à Joseph Piegay les conclusions de sa demande, avec la réserve que le partage de la parcelle de terrain n° 47 1/2 sera effectué par portions égales, — donne acte au défendeur Fridez de la déclaration faite par le demandeur touchant le 1er chef des conclusions reconventionnelles et déboute le défendeur du surplus desdites conclusions, s. s. d. fr.

Digitized by Google

Aus der Spruchpraxis des Kantons Zürich.

(Mittheilungen von Hrn. Dr. Meili, Advocat in Zürich.)

1. Ueber die Verpflichtung von Emissionshäusern gegenüber Subscribenten von Actien. Bedeutung des Prospectes. Natur des diesfälligen Rechtsverhältnisses.

Actionäre der Société des Eaux et Forêts contra Bank in Winterthur.
(Urtheil des Handelsgerichtes vom 28. September 1877.)

Die factischen Verhältnisse sind bekannt aus dem viel besprochenen Processe von Obligationenbesitzern von Eaux et Forêts, welcher in Zürich gegen die Bank in Winterthur und in Basel gegen verschiedene Bankhäuser geführt worden ist. Die Facta brauchen daher hier nur kurz resümirt zu werden.

1) Die Stadt Freiburg schloß am 30. Mai 1869 mit dem Civilingenieur Wilh. Ritter in Neuchâtel einen Vertrag ab, wonach diesem 1420 Jucharten 350 Quadratruthen Holz und Boden gegen einen Preis von Fr. 1,400,000, verkauft wurden. Ritter verbreitete Berechnungen, Pläne und Voranschläge über die Verwendung und die Rendite der Kaufsobjecte, um eine Actiengesellschaft zur Uebernahme und zum Betriebe der letztern zu gewinnen. Er wendete sich namentlich an die Basler Capitalisten, Handelsbank, La Roche, Rudolf Kaufmann, an die Beklagte und an den Kaufmann Moser in Schaffhausen. Die Kaufsobjecte wurden durch verschiedene Persönlichkeiten im Frühjahr 1870 untersucht.

2) Durch Zuschrift vom 3. Mai 1870 bewilligte der Stadtrath die Uebertragung der dem Ritter aus dem Kaufvertrage erwachsenen Rechte und Pflichten an die zu bildende Gesellschaft. Am 27. Mai desselben Jahres constituirte sich eine anonyme Actiengesellschaft mit der Firma „Société générale suisse des Eaux et Forêts", domicilirt in Freiburg und bestehend aus der Beklagten und ihren 3 Litisdemuciaten. Unterm 31. Mai 1870 wurde der Kaufvertrag zwischen der Stadt und der Gesellschaft notarialisch ausgefertigt und unterzeichnet und daraufhin durch das Grundprotokoll der verkaufte Wald von poses 1446,122 in ihr Eigenthum übertragen. Die Actiengesellschaft gab sich Statuten und wählte ihren Verwaltungsrath und ihre Direction. Zum technischen Direktor wurde Ritter bestellt.

Digitized by Google

3) Die Statuten bestimmten das Kapital auf Fr. 2,000,000, das eingetheilt wurde in

a. 1000 Actien von Fr. 500	=	Fr. 500,000
b. 3000 Prioritätsactien à Fr. 500	=	„ 1,500,000
		Fr. 2,000,000

4) Mit Datum vom 3. Juni 1870 schlossen die 4 Gesellschaften mit Ritter eine Uebereinkunft betitelt Syndicatsvertrag, welche im Wesentlichen folgende Bestimmungen enthält:

1. Zum Zwecke der öffentlichen Ausgabe al pari von 2000 und bestmöglicher Verwerthung von 1000 Stück Prioritätsactien der Gesellschaft für Forstbetrieb und Wasserversorgung der Stadt Freiburg bilden die unterzeichneten Gründer dieser Gesellschaft ein Syndicat und liefern in dasselbe die von ihnen übernommenen 3000 Actien, nämlich:

Die Basler Handelsbank . . .	600	Stück
„ Bank in Winterthur . . .	1000	„
Herr Rudolf Kaufmann . . .	600	„
„ Emanuel La Roche, Sohn .	300	„
„ Wilhelm Ritter	500	„
	3000	Stück

2. Vor Eröffnung der Subscription steht es jedem Syndicatsmitgliede frei, bis zum Betrage eines Dritttheils seiner eingelieferten Actien eine beliebige Anzahl aus dem Syndicate zurückzuziehen, jedoch mit der Verpflichtung, dieselben vor Auflösung des Syndicats nicht an den Markt zu bringen.

3. Die Dauer des Syndicats ist bis zum 31. Dezember 1870 festgesetzt.

5) In Ausführung dieses Vertrags erließen unterm 8. Juni 1870 die vier Gesellschaften einen Prospect zur Emission ihrer Actien:

Gesellschaft für Forstbetrieb und Wasserversorgung in Freiburg in der Schweiz.

„Die Stadt Freiburg in der Schweiz hat laut Vertrag vom 4. October 1869 ihre Waldungen, von einem Flächeninhalte von 1446 Jucharten, an Herrn W. Ritter, Ingenieur, für Fr. 1,400,000 verkauft und gleichzeitig dem Käufer die Concession ertheilt für die Ausbeutung derselben, sowie für die Einrichtung einer Wasserversorgungsanstalt, verbunden mit der

Digitized by Google

durch die Stauung der Saane zu gewinnenden Wasserkraft auf ca. 2500 à 3000 Pferdekräfte geschätzt."

Herr W. Ritter hat diese Concession an die unterzeichneten Bankinstitute und Bankiers abgetreten, welche dieselbe im Namen der zu gründenden Actiengesellschaft „Société générale suisse des eaux et forêts" erworben haben.

Der Zweck der Gesellschaft wurde in dem Prospect folgendermaßen bezeichnet:

„Die von dieser Actiengesellschaft in Aussicht genommenen Geschäfte, für deren technische und commercielle Leitung Herr Ritter die Direction übernommen hat, sind folgende:

1. Die Ausbeutung innerhalb weniger Jahre der Waldungen und die spätere Verwendung des Waldbodens.

2. Die Wasserversorgung der Stadt Freiburg.

3. Die Benützung der durch Stauung der Saane zu gewinnenden Wasserkraft für industrielle Zwecke jeder Art.

4. Die Erstellung von Sägemühlen für den eigenen Gebrauch, sowie für denjenigen Dritter."

Der Prospect bespricht sodann die vier Rubriken der Geschäfte im Einzelnen unter Berufung auf die Berichte der Sachverständigen und auf die Berechnungen, die vorläufig von denselben in Verbindung mit Herrn Ritter festgestellt seien, und spricht die Erwartung aus, daß die Actien in den ersten 4 Jahren 6 % ertragen und später bis auf 13 % Zinsen und Dividenden sich erhöhen werden. Es wird außerdem die Hoffnung geäußert, daß schon innerhalb 9 Jahren das gesammte Actienkapital aus den Reserven zurückbezahlt werden könne.

Nach dieser Darstellung, welche das Unternehmen in sehr günstigem Lichte zeigt, wird dann die Subscription in folgender Weise eröffnet:

Subscriptions-Eröffnung.

In der Absicht, die Betheiligung an diesem ebenso interessanten als lucrativen Unternehmen auch weiteren Kreisen zugänglich zu machen, stellen die Uebernehmer von den erwähnten 3000 Stück Prioritätsactien von je Fr. 500 $^2/_3$ oder 2000 Stück zur Verfügung ihrer Clienten und eröffnen zu diesem Zwecke an ihren Kassen eine öffentliche Subscription zu folgenden Bedingungen:

1. Durch die Zeichnung verpflichtet sich der Actionär zur Annahme der Gesellschaftsstatuten und zur Erfüllung der ihm

Digitized by Google

durch dieselben auferlegten Pflichten. Die Statuten können an den Zeichnungsstellen bezogen werden.

3. Der Emissionscurs ist auf Fr. 500 per Actie festgesetzt, wovon Fr. 100 innerhalb 5 Tagen nach der Zutheilung, weitere Fr. 400 am 1. Juli d. J. zahlbar sind, mit Facultät, diese letztere Zahlung nebst 5 % Zinsen per Jahr bis Ende Dezember leisten zu können.

3. Nach Schluß der Zeichnung wird das Resultat der Repartition, welche eine verhältnißmäßige sein wird, bekannt gemacht, wobei Bruchtheile von Actien unberücksichtigt bleiben

4. Es werden Interimsactien ausgehändigt, welche nach der Volleinbezahlung gegen die definitiven Actien umgetauscht werden können.

5. Die Subscription wird am 13. Juni eröffnet und am 15. Juni, 4 Uhr Abends, geschlossen.

Als Gründer und Hauptinteressenten haben die unterzeichneten Bankinstitute durch die feste Uebernahme des ganzen Actiencapitals die Meinung, welche sie von dem Unternehmen hegen, hinreichend dargethan; sie können daher aus Ueberzeugung zur Betheiligung an demselben einladen.

Die Rendite wird voraussichtlich eine brillante sein.

Der Prospect ist datirt

Basel und Winterthur, 8. Juni 1870, und unterzeichnet:

Basler Handelsbank in Basel,
Bank in Winterthur,
Rudolf Kaufmann in Basel,
Emanuel La Roche, Sohn, in Basel.

Die Direktion der Gesellschaft wurde vertragsmäßig Herrn Ritter übertragen. Der Verwaltungsrath (conseil d'administration) wurde die ersten Jahre durch die vier Bankhäuser besetzt, so jedoch, daß nur zwei Mitglieder aus denselben genommen wurden, die Herren Kaufmann und La Roche in Basel, die übrigen 7 Mitglieder andere Actionäre waren.

6) Nachdem die Actien gezeichnet und der Verwaltungsrath bestellt war, wurde das Geschäft von der Gesellschaft betrieben. Im Jahre 1872 hielten die Vertreter der Gesellschaft die Aufnahme einer Anleihe von Fr. 1,500,000 für nothwendig und übertrugen denselben vier Bankhäusern, welche die Gesellschaft gegründet hatten, die Emission von 3000 Obligationen im Betrag von je Fr. 500.

Digitized by Google

Der erste Jahresbericht des Verwaltungsrathes ist vom Jahre 1872 und umfaßt die Jahre 1870 und 1871. Auch dieser Bericht lautet noch sehr hoffnungsvoll. Doch wird aufmerksam gemacht, daß durch den Krieg von 1870/71 und die Wanderung der fremden Arbeiter der Fortgang der Arbeiten erheblich verzögert worden sei und daß bei Errichtung der Wehr (barrage) au Maigrauge das Terrain sich weit ungünstiger gezeigt habe, als vorausgesetzt worden war, indem die Fundamente viel tiefer gelegt werden mußten, und daß das plötzliche Wachsthum des Flusses die Schwierigkeiten sehr vermehrt habe.

Der Bericht vergleicht am Schluß das Büdget des Prospects vom 8. Juni 1870, das er beachtenswerther Weise „unser Prospect" (notre Prospect du 8 Juin 1870) nennt, obwohl der Bericht von dem Verwaltungsrath der Actiengesellschaft an die Actionäre, nicht von den emittirenden Bankhäusern an ihre Geschäftsfreunde erlassen ist, mit dem Ergebniß der Rechnungen und den jetzt wahrscheinlichen Ausgaben und gelangt zu dem Ergebniß, daß zur Ausgleichung die Erhebung einer Summe von Fr. 1,300,000 nöthig sei. Die Waldung ist in diesem Berichte wieder auf 1446,122 Jucharten und über 6 Millionen Cubikfuß Holz gewerthet, mit genauern Angaben im Einzelnen, als in dem Prospect.

Der zweite Bericht des Verwaltungsraths über das Jahr 1872 enthält wieder nähere Angaben über den Fortgang der verschiedenen Arbeiten und Geschäfte, ferner eine Vergleichung der verschiedenen Expertenberichte über den Umfang der Waldungen und die Quantität des Holzes, woraus sich zeigt, daß der Forstinspector Hütlin die letztere etwas geringer angesetzt, als die Forstmänner Gerspacher und Gribler. Beide schätzen aber das Holz auf mehr als 6 Millionen Cubikfuß. Es wird darin auf das Steigen der Holzpreise als eine günstige Aussicht hingewiesen, aber zugleich beklagt, daß ein Verkauf von Schienenholz im Betrag von Fr. 500,000 von den Käufern nicht gehalten worden sei, und auf manche ungünstige Zeitverhältnisse mit Bezug auf Arbeitslöhne und die Steigerung mancher Unkosten aufmerksam gemacht.

In derselben Weise ist der Bericht über das Jahr 1873 verfaßt. Es wird darin als Hauptfehler des ganzen Unternehmens die Unzulänglichkeit des Kapitals angegeben. Die Herstellung der Werke und Bauten kostete weit mehr, als vorgesehen war. Trotzdem hält auch dieser Bericht die Hoffnung fest, daß hauptsächlich durch den Ertrag des Waldes alle Schulden gedeckt und daß auch die Actien noch einen Gewinn machen werden.

Digitized by Google

Selbst der vierte Jahresbericht über das Jahr 1874 läßt noch nicht auf eine Katastrophe schließen und klingt keineswegs hoffnungslos. Zwar wird neuerdings über den Mangel eines zureichenden Betriebsfonds geklagt, welcher oft zu ungünstigen Verkäufen zur Unzeit nöthige, und zugestanden, daß die Lage schwierig sei, wenn es nicht gelinge, die schwebende Schuld entweder zu consolidiren oder zu vermindern. Aber die damalige Bilanz war doch so geartet, daß Zweifel über die Rentabilität des Unternehmens entstanden.

Im Jahr 1875 konnte die vertragsmäßige Rückzahlung von Fr. 100,000 für die Obligationäre nicht geschehen und da diese auf Zahlung drängten, war die Gesellschaft genöthigt, ihre Insolvenz zu erklären. Der Verwaltungsrath ließ eine neue Schätzung der Actien durch den Sachverständigen Herrn Wenger aus Luzern vornehmen, welche zwar immer noch einen Ueberschuß der Activen über die Passiven ergab, aber nur von Fr. 48,500 und nur unter der Voraussetzung einer sorgfältigen, nicht überstürzten Liquidation. Der Verwaltungsrath schlug daher der im September 1875 berufenen Versammlung der Aktionäre vor, ein Concordat mit den Gläubigern anzustreben.

7) Eine Anzahl Inhaber von Obligationen belangte nun die vier Bankhäuser, welche seiner Zeit die Emission der Anleihe von Fr. 1,500,000 übernommen hatten, entweder auf Rücknahme der Obligationen oder auf Schadenersatz für ihre Verluste. Die Basler Gerichte erklärten die Klage mit Bezug auf die Befreiung der Grundstücke von der sogenannten gardance de dam, d. h. die Garantie, die der Stadt Freiburg für Ausführung bestimmter Wasserbauten im Betrag von Fr. 400,000 zugesichert war, für begründet, in der Hauptsache aber für unbegründet und wiesen im Uebrigen die Klage gegen die drei Basler Bankhäuser ab. Urtheil des Civilgerichts Basel vom 28. April 1876, bestätigt von dem Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt vom 2. November 1876; dagegen wurde in derselben Sache von dem Handelsgerichte des Kantons Zürich auf die Klage der Obligationenbesitzer wider die Bank in Winterthur durch Urtheil vom 25. August 1876 die Beklagte für schuldig erklärt, „nach ihrer Wahl entweder die versprochene Verzinsung und Amortisation des Obligationencapitals zu leisten, soweit dieselbe nicht aus der Concursmasse der Société des Eaux et Forêts erhältlich ist, oder die Obligationen jetzt schon gegen Zahlung des Nennwerthes sammt rückständigem Zins zu 5 % auszulösen."

Digitized by Google

8) Eine Reihe von Actionären, aufgemuntert durch das den Obligationären günstige Urtheil des Handelsgerichts Zürich, d. d. 25. Aug. 1876, erhob nun ebenfalls Klage vor diesem Forum gegen die Bank in Winterthur über folgende

Streitfrage:

Ob die Beklagte schuldig sei, solidarisch mit der Basler Handelsbank, Rudolf Kaufmann und Emanuel La Roche,-Sohn, daselbst, die den Klägern gehörenden Actien der Société des Eaux et Forêts zurückzunehmen und den Klägern Fr. 500 per Actie zurückzuzahlen, mit Zins à 6 % seit Ende des Jahres 1872?

Zur Unterstützung der Klage wurde u. A. Folgendes vorgebracht:

Die Kläger subscribirten und erwarben ihre Actien auf Grundlage des Prospectes. Bei dem großen Erfolg der Subscription wurden nicht nur 2000, sondern alle 3000 Actien abgesetzt, zum Theil über pari. Im Concurse der Gesellschaft ist das Actiencapital verloren. Der Prospect enthält falsche Angaben mit Bezug auf

1. Bestand und Ertrag des Waldes;
2. Ertrag der Säge;
3. Voranschlag Ziegler's;
4. Rentabilität des Unternehmens;
5. Concession.

Sodann weiter:

Erst in Folge Nichtzahlung der ausgeloosten Obligationen wurden die Kläger veranlaßt und erst durch den Concursausbruch in die Möglichkeit versetzt, die Sachlage zu untersuchen und dadurch zur Kenntniß der Unwahrheit der von den Emissionshäusern gemachten Zusagen zu gelangen, zumal vorher die wahre Sachlage mit allen Mitteln verheimlicht wurde, namentvon R. Kaufmann. Dieser behauptete noch in seinem Cursblatt vom 24. Juni 1874, daß die im letzten Rechenschaftsbericht ausgesprochenen Erwartungen erfüllt, theilweise selbst übertroffen wurden, während die flottante Schuld laut dem Rechenschaftsbericht dieses Jahres schon über Fr. 850,000 betrug. Es wird ein Brief Kaufmann's vom 10. Mai 1875 an G. A. Euler producirt, worin dem Adressanten mitgetheilt wird, daß eine seiner Obligationen ausgeloost sei, mit dem Zusatze: „Sollten Sie diese Obligation durch nicht verlooste vom gleichen Anleihen zu ersetzen wünschen, so kann ich Ihnen so lange frei von einem nur angestellten Posten solche zum billigen Curse von 95 %

Digitized by Google

und laufenden Zinsen abgeben, während bereits am 17. März 1875 auf ein zu den Acten gebrachtes Circular hin, durch welches der Verwaltungsrath l'impossibilité absolue de faire honneur à ses engagements erklärt hatte, Kaufmann und Andere als Creditoren der flottanten Schuld mit der Gesellschaft ein Moratorium verabredet hatten und am 15. April in einer Sitzung, bei der Kaufmann und ein Repräsentant der Beklagten anwesend waren, laut dem zu den Acten gelegten Protokoll die Unmöglichkeit der rechtzeitigen Heimzahlung der ausgeloosten Obligationen und die Nothwendigkeit einer avance provisoire für die Zahlung der Coupons constatirt waren, ja schon im März der Verwaltungsrath eine Bilanz gezogen und darunter geschrieben hatte: La société se voit contrainte de suspendre ses paiements et de déposer le bilan.

Schließlich wird erklärt, daß die Kläger ihre Actien der Beklagten überlassen gegen Bezahlung der eingeklagten Summen.

9) Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage und verkündete den drei Basler Firmen den Streit.

Die Emittenten, wird ausgeführt, haben wie Ritter den festen Glauben an die Zukunft des Unternehmens durch Uebernahme von Stammactien, in die sie sich mit Ritter theilten, und durch die beispiellos minime Commission von 2 %, welche sie für die Emission bezogen, constatirt. Der Prospect wurde nicht in der Tagespresse veröffentlicht, sondern es sandte ihn lediglich jedes Emmissionshaus seinen Geschäftsfreunden zu. Es wurden nicht mehr als die offerirten 2000 Stück zugetheilt. Bei Vorlage der Statuten an die Freiburger Behörden waren die Emissionshäuser und Ritter die einzigen Actienbesitzer. Nur zwei der Gründer saßen im Verwaltungsrath, die übrigen Mitglieder dieses Rathes waren Fachleute. Ritter's Tüchtigkeit war unbezweifelt und sein und seiner Verwandten Vermögen im Unternehmen engagirt. Gründe des Mißerfolgs waren Krieg, Ueberschwemmung, Lohnerhöhung, Nothwendigkeit größerer Constructionen, als vorgesehen waren, Verzögerung der Vollendung der Sägemühlen und der Wasserversorgung, enorme Zinsen und Spesen der schwebenden Schuld, vielleicht auch die Art des Betriebes 2c. Nach den Unterhandlungen vom März 1875 hoffte man, daß die Gesellschaft ihren Verbindlichkeiten nun werde genügen können, daher der Brief Kaufmann's an Euler, den er geschrieben zu haben nachträglich bedauert, der aber für die Beklagten bedeutungslos ist. Die Jahresberichte, Büdgets und Anträge des Verwaltungsrathes sind an der Generalversammlung

Digitized by Google

der Actionäre stets genehmigt worden, der Holzbestand war daraus stets ersichtlich.

Als Emittenten bereits fest übernommener Actien waren die in der Rechtsfrage genannten Firmen Verkäufer derselben, haften also für Dolus und verbindliche Zusagen; Beides liegt nicht vor, es ist im Prospect nur den von der Zukunft gehegten Erwartungen Ausdruck gegeben, keine Garantie übernommen.

In juristischer Beziehung wird ferner bemerkt:

Eine auf Dolus gestützte Klage wäre nach § 933 privatr. Ges.-B. verjährt. Ebenso verhält es sich nach § 1426 eod. mit der Klage auf Gewährleistung für thatsächliche Mängel. § 1426 ist jedenfalls durch Art. 349 des allg. deutschen Handelsgesetzes influenzirt worden und in der deutschen Praxis ist unbezweifelt, daß die Verjährungsfrist dieses Artikels auch auf den Kauf von Forderungen Anwendung findet: Eventuell könnte kein Heimschlagen der Actien stattfinden, sondern nur Schadenersatz. Weiter eventuell könnten die Kläger nicht noch den Zins der eingeklagten Beträge beanspruchen, da sie selbst die Nichtzahlung des Zinses seit Ende 1872 beschlossen haben und überhaupt eine Actie keinen bestimmten Zinsanspruch gewährt.

Legitimirt sind nur diejenigen Kläger, welche ihre Actien vom 13.—15. Juni durch Subscription erworben haben, da der Prospect nur für diese galt, nachher waren die Actien Börseneffect, und so hat einer der Kläger die seinigen erst kürzlich zu Fr. 50 gekauft, für die er nun Fr. 500 verlangt. Die spätern Erwerbungen geschahen nicht auf Grund des Prospectes. Es wird daher nur die Legitimation von im Ganzen 42 der Kläger mit zusammen 218 Actien anerkannt. Die solidare Haftbarkeit für die ganze Emission wird bestritten. Beklagte ist, sagt sie, nur denjenigen Actionären haftbar, welche bei ihr subscribirt haben. Ein weitergehendes Urtheil würde, da es auch gegen die der zürcherischen Jurisdiction nicht unterworfenen Basler Häuser gerichtet wäre, unstatthaft sein. Jedes Emissionshaus hat den Prospect von sich aus versandt, die Zeichnungen wurden an ein bestimmtes Emissionshaus gerichtet und von diesem und nur in seinem Namen erfolgte die Zutheilung; es allein ist also Mitcontrahent der Subscribenten.

Die Beklagte producirte auch ein ihr günstiges Rechtsgutachten von Prof. Bluntschli.

Mit Urtheil von 28. September 1877 hat das zürcherische Handelsgericht die Klage abgewiesen. Die Gründe gehen (unter Weglassung der Details über die Erträgnisse der Wal-

Digitized by Google

dungen, über die Spesen für Fällen, Sägen, Transport 2c.) dahin:

1. Wenn auch in der Regel die Frage der Legitimation zur Klage, wo dieselbe streitig gemacht ist, vor dem Eintreten in das Materielle des Processes entschieden werden muß, so rechtfertigt es sich doch, in einem Falle wie dem vorliegenden von dieser Reihenfolge abzuweichen, wo schon diese Frage ein Eingehen in die materiellen Rechtsverhältnisse nothwendig machen und jedenfalls ein Beweisverfahren veranlassen würde, während, wie sich zeigen wird, die Klage schon von vornherein aus materiellen Gründen zu verwerfen ist.

2. Es fragt sich daher vor Allem, ob die Klage, wie die Beklagte und das Bluntschli'sche Gutachten annehmen, schon auf Grund der §§ 932 u. ff. des pr. G.-B. wegen Verjährung abzuweisen sei. In dieser Beziehung kann hierorts die Ansicht Bluntschli's nicht getheilt werden. Die gestellte Klage geht keineswegs auf Nichtigerklärung des geschlossenen Vertrages, sondern stützt sich gerade auf die durch denselben erworbenen Rechte. Es wird nicht behauptet, daß wegen vorhandener Mängel des Willens ein gültiger Vertrag nicht zu Stande gekommen sei, sondern es wird lediglich der eine Contrahent von dem andern wegen Nichthaltung gemachter Zusagen haftbar gemacht, allerdings mit der doppelten Begründung, daß er die Zusagen doloser Weise schon mit dem Bewußtsein ihrer Unerfüllbarkeit gemacht habe, daß er aber auch ohne Rücksicht auf einen Dolus hafte. Es handelt sich daher gar nicht um die in den citirten Paragraphen behandelte Klage, sondern um die Contractsklage und es kann daher auch nicht die in demselben bestimmte besondere Verjährung zur Anwendung kommen (cf. Urtheil des zürch. Handelsgerichtes in Sachen Freidorf und Conf. c. Bank in Winterthur. vom 25. August 1876, Erwäg. 22; Urtheil des Bundesgerichtes i. S. Blösch und Conf. c. Compagnie des chemins de fer de la S. O. vom 17. November 1876, Erw. 11).

3) Es ist somit auf die Frage einzutreten, welches Rechtsgeschäft der vorliegenden Frage zu Grunde liege. Die Kläger selbst haben dafür verschiedene Standpunkte eingenommen und die Vertreter der Wissenschaft streiten sich in hohem Maße über den Charakter eines Rechtsgeschäftes der vorliegenden Art. Vor Allem ist der Standpunkt der Kläger zu verwerfen, wonach die Grundsätze über Rath und Empfehlung maßgebend sein sollen. Dieselben finden nämlich nur dann Anwendung, wenn lediglich eine einseitige Handlung des Rathenden vorliegt, der direct bloß

Digitized by Google

im Interesse des Andern handelt und dazu nicht vertraglich verbunden ist. Im vorliegenden Falle handelt es sich dagegen um ein zweiseitiges Rechtsgeschäft; die Emittenten haben, wenn auch angeblich nur, wie das so gesagt zu werden pflegt, um die Betheiligung an dem lucrativen Unternehmen auch weitern Kreisen zugänglich zu machen, doch unverkennbar in Wirklichkeit im eigenen Interesse die Actien angepriesen; sie haben sie selbst begeben und sind daher für ihre diesfälligen Angaben nach den Regeln des betreffenden Vertrages haftbar, aber nicht nach den Grundsätzen, welche denjenigen verpflichten, der ohne rechtliche Verbindlichkeit und ohne eigenes Interesse eine dritte Person, eine in Drittmanns Hand liegende Waare empfiehlt oder zu einem Geschäfte mit einem Dritten räth und damit kein Rechtsgeschäft mit demjenigen schließt, zu dem er sich äußert.

cf. Entscheid des Reichsoberhandelsgerichtes, Bd. XIX, Nr. 63 und ibid. cit.

4. Die Kläger nehmen ferner an, daß die Emittenten als „Mandatare oder Geschäftsbesorger der Subscribenten" gehandelt haben, indem sie den Prospect erließen. Ein Mandat kann diesfalls jedoch unmöglich in Frage kommen, da ja beim Erlaß des Prospectes Subscribenten noch gar nicht existirten und also auch keinen Auftrag geben konnten. Eher wäre an ein Mandat der Actiengesellschaft zu denken, welche damals allerdings schon constituirt war, allein auch wenn ein solches wirklich anzunehmen sein sollte und nicht etwa eher die Regeln über Honorarvertrag oder Commission hiefür maßgebend wären, so würde dasselbe doch nur das Verhältniß zwischen der Gesellschaft und den Emittenten, keineswegs aber dasjenige zwischen den letzteren und den erst zukünftigen Subscribenten betreffen. Und wenn man wohl auch nicht mit Renaud (Actiengesellschaft, p. 190) an dem Willen der Projectanten und der Zeichner, jeden Mitcontrahenten sich zu obligiren, zweifeln mag, so ist doch gegen Brinkmann, Brackenhöft und Beschorner, welche ein Mandat annehmen, gewiß mit Recht eingewendet worden, daß auch die Widerruflichkeit, die Verbindlichkeit des Mandanten für die Geschäfte und Kosten des Mandatars (meistens wohl auch die Unentgeltlichkeit) fehlen.

J. F. E. Hahn über die aus der Zeichnung von Actien hervorgehenden Rechtsverhältnisse 31, A. 56.

5. Aus den zuletzt angeführten Gründen ist aber wohl auch der Standpunkt der Geschäftsbesorgung ohne Auftrag zu verwerfen. Die Projectanten handeln zunächst im eigenen, nicht in

Digitized by Google

fremdem Interesse; sie wissen bei Erlaß des Prospects auch noch gar nicht, ob eine Actiengesellschaft, für welche sie handeln würden, überhaupt zu Stande kommt, ob die Subscribenten, oder ob sie für sich selbst Rechte erwerben. Wenn man aber auch im Allgemeinen diese Ansicht nicht theilen, sondern mit dem Obertribunal von Berlin die Gründer als negotiorum gestores der zukünftigen Gesellschaft betrachten wollte (Goldschmidts Zeitschrift, Bd. VI, p. 605, vom 13. Februar 1862; eod. p. 603, vom 24. Mai 1862; cf. eod., Bd. XIII, p. 336; Regelsberger, civilrechtl. Erörterungen, p. 56), wonach die Gründer selbst keine Rechte aus der Zeichnung erhalten, so ist doch im vorliegenden Falle die rechtliche Natur des Begebungsgeschäftes eine andere, da hier die Gesellschaft bereits gegründet war und die Emittenten mit dem Prospect die ihnen selbst bereits zustehenden Actien an Mann zu bringen suchten, also gewiß für sich Rechte aus der Subscription erwerben wollten.

6. Bluntschli bezeichnet „die Vorstellung, daß zwischen den Projectanten und den Zeichnern ein Gesellschaftsvertrag abgeschlossen werde", als aufgegeben, und sie ist auch von keiner Partei aufgenommen worden. Es ist daher nicht nöthig, hierauf einzutreten. Dagegen bleibt noch die sehr controverse Frage zu erörtern, ob ein Kaufsgeschäft oder ein pactum de societate ineunda (insoweit eine Actiengesellschaft societas genannt werden darf), ein Vertrag betr. Betheiligung bei einer zu gründenden Actiengesellschaft, vorliege. Bluntschli sagt, unter Berufung auf Renaud, daß die Annahme eines Kaufs, wenn sie auch den Ansichten der Contrahenten in einzelnen Fällen entsprechen möge, nicht das eigentliche Wesen des Vertrags treffe. Nach ihm ist vielmehr auch im vorliegenden Fall der Grundgedanke nicht der eines Kaufs, sondern der der Gründung einer Actiengesellschaft, der Fundirung derselben mit Kapital, der Betheiligung bei dem Unternehmen.

7. Für diese Ansicht spricht zunächst der Umstand, daß bei der Emission der Actien noch kein Actiencapital einbezahlt war, solches im Gegentheil erst durch die von den Subscribenten zu leistenden Einzahlungen gebildet werden sollte. Gleichwohl kann Bluntschli's Ansicht hierorts nicht getheilt werden. Mag auch die Richtigkeit derselben für die gewöhnlichen Fälle, für Länder mit anderer Gesetzgebung, namentlich für den Fall, wo die Actiengesellschaft erst noch gegründet werden soll, zugegeben werden, so trifft sie doch für den vorliegenden Fall nicht zu und sind die Verhältnisse hier der Art, daß wohl auch Renaud nichts Anderes

Digitized by Google

als einen Kauf von Actien hier annehmen würde. Während nämlich nach dem allg. deutschen Handelsgesetzbuche, Art. 209a, 210a und 211, die Actiengesellschaft als solche erst besteht, wenn mindestens 10 % des Actiencapitals einbezahlt sind, ist eine solche Vorschrift der zürcherischen Gesetzgebung fremd und ebenso derjenigen des Kantons Freiburg, wo die Actiengesellschaft ihren Sitz hatte, und dessen code de commerce in Art. 44 ff. für die Constituirung der Société anonyme nur die staatliche Genehmigung vorschreibt. Vor der streitigen Emission war aber unbestrittenermaßen nicht nur diese Constituirung in gehöriger Weise erfolgt, sondern die Actiengesellschaft hatte sich auch bereits ihre definitiven Statuten gegeben, hatte ihre sämmtlichen Gesellschaftsorgane auf die statutenmäßige Reihe von Jahren bestellt, Rechtsgeschäfte abgeschlossen, Grundeigenthum erworben. Das Bluntschli'sche Gutachten sagt daher gewiß nicht mit Recht, daß die Actiengesellschaft vorläufig constituirt gewesen sei; denn an derselben war nichts mehr zu ändern und wurde auch nichts mehr geändert. Daß so kurze Zeit nach der Constituirung die Emission der Actien erfolgte, ist rechtlich unerheblich, eine Zeitgrenze, bis zu welcher die Emission den Character des Betheiligungsgeschäftes behalten würde, um ihn dann zu verlieren, ließe sich ja ohnehin unmöglich aufstellen; Niemanden aber würde in den Sinn kommen, ein bloßes pactum de ineunda societate anzunehmen, wenn nach Monaten oder Jahren die 5 großen Actionäre ihre Actien auf den Markt gebracht hätten. Zudem haben sie das auch nicht einmal mit allen ihren Actien gethan, sie haben sich einen vollen Drittel davon reservirt. Wenn sie nun bloß einzelne Actien begeben hätten, würde Niemand an der Qualification des Geschäftes als Actienkaufes zweifeln und nun wäre auch in dieser Beziehung eine Grenze, bei welcher dieser rechtliche Charakter des Geschäftes verschwinden würde, wohl schwer zu finden.

8. Die von Bluntschli für seine Ansicht beigebrachten Argumente erscheinen nicht als stichhaltig. Wenn gesagt wird, die Zeichner haben nicht eine Actie als Waare erwerben, sondern Actionäre werden, Antheil am Unternehmen haben wollen, so läßt sich dieß mit dem gleichen Rechte auch von Manchem sagen, welcher auf der Börse eine Actie einer schon längst bestehenden Actiengesellschaft kauft, und es zeigt dieß, daß jenes Argument eben nicht das Wesen des Rechtsgeschäfts selbst trifft, sondern nur das Motiv zu demselben und mit der Annahme des Actienkaufs gar nicht unvereinbar ist. Auch daß die Subscribenten nicht auch den Preis der Actie im Fall der Wiederveräußerung,

Digitized by Google

sondern auf die Rentabilität des Unternehmens speculiren (was übrigens vielleicht nicht einmal durchweg richtig ist), steht dem Kaufe gar nicht entgegen, denn mancher Käufer denkt nicht an die Wiederveräußerung, sondern an den Nutzen, den ihm selbst das Kaufsobject bringen wird. Die Emittenten haben übrigens auch formell im Prospecte nicht etwa nur die Gefahr der Minderzeichnung auf sich genommen, sondern rund und sogar wiederholt erklärt, daß sie das Actiencapital „fest übernommen" haben und von den Actien $^2/_3$ zur Verfügung ihrer Clienten stellen. Allerdings wird im Eingang des Prospectes gesagt, daß sie die Concession „im Namen der zu gründenden Actiengesellschaft" erworben haben, aber der Wortlaut des Prospectes und die Statuten, auf welche in demselben ausdrücklich verwiesen wird, lassen über die bereits geschehene Gründung keinen Zweifel. Gewiß hat Bluntschli Recht, wenn er sagt, daß die Verpflichtung der Zeichner zur Annahme der Statuten nicht die Zahlung des Kaufpreises sei; aber es ist die Bezeichnung einer dem Kaufsobjecte, der Actie, anhaftenden Eigenschaft.

9. Diese Auffassung des Gerichtes findet auch in der juristischen Literatur Unterstützung. Laband nennt in der Ankündigung von Renaud's Buch in Goldschmidts Zeitschr., Bd. VII, p. 621, die Zeichnung von durch ein Consortium gesicherter Actien eine emtio venditio einer künftigen Sache; im vorliegenden Falle existirte die Sache sogar bereits. Wenn Renaud zu widersprechen scheint, so zeigen seine Argumente, daß er immer die bloßen Projectanten im Auge hat, nicht einen Fall, wie der vorliegende, wo die Actiengesellschaft bereits constituirt ist, die Actien fest übernommen sind und jene sogar ihre Thätigkeit bereits eröffnet hat (das Recht der Actiengesellschaft, 2. Aufl., p. 235 ff.); namentlich ist die von ihm vermißte Absicht des Tausches von Waare gegen Preis (p. 236) hier unzweifelhaft vorhanden. Auch Sydow in Goldschmidts Zeitschrift, Bd. XIX, p. 429, spricht in einem Fall, wie der vorliegende, von Actienkäufern gegenüber den Primitivzeichnern; und Hahn l. c., p. 15, von einem Fall wie der vorliegende auch wenn die ursprünglichen Actionäre noch nicht den vollen (nach schweiz. Recht noch gar nichts) Nominalbetrag der Actien eingezahlt haben: „Eine solche Actienzeichnung ist keine wirkliche, sondern ein Actienkauf. Bei dieser sog. Actienzeichnung kommen die gewöhnlichen Regeln über die emtio venditio in Betracht.

10. Die angehobene Klage ist also die Kaufsklage und es frägt sich nun auch da wieder, ob dieselbe nicht nach den be-

Digitized by Google

sondern Bestimmungen über den Kaufsvertrag verjährt sei. Bluntschli, p. 21, geht mit der vom Handelsgerichte schon im Processe der Obligationäre von Eaux et Forêts gegen die Bank in Winterthur ausgesprochenen Ansicht einig, daß auf den Kauf einer Forderung und so auch einer Actie, die ädilicischen Klagen nicht anwendbar seien; er hält aber dafür, daß die Verjährungsfristen des § 1426 des privatrechtl. Gesetzbuches dennoch auch auf den Forderungskauf Anwendung finden, weil der Paragraph sich nicht nur auf die ädilicischen Klagen, sondern auch auf die actio emti beziehe, welche beiden Rechtsmittel im zürcherischen Gesetzbuch nicht unterschieden seien. Letzteres ist zugegeben; wenn aber Bluntschli fortfährt, daß man nicht die Nachwährschaft thatsächlicher Mängel ausnahmsweise auch auf einen Forderungskauf ausdehnen und gleichzeitig mit dieser Ausdehnung die gesetzliche Beschränkung aller Nachwährschaftsklagen wegen thatsächlicher Mängel aufheben könne, so bekämpft er damit etwas von dem Verschiedenes, was diesseitige Gerichtsstelle im Proceß der Obligationäre von Eaux et Forêts angenommen hat. Das Gericht hat dort in Erw. 10 die Klage erklärt als gerichtet auf Rückbietung des Kaufobjectes wegen Mangels zugesicherter Eigenschaften; es ist dieß die Haft des Verkäufers nach der actio emti für dicta promissa (eod. Erwäg. 24 f.). Die dort für die Ansicht, daß die Verjährungsfristen des § 1426 des privatrechtl. Gesetzbuches nicht auf Forderungskauf Anwendung finden, angeführten Gründe scheinen dem Gerichte auch jetzt noch durchschlagend und sind übrigens auch von der Cassationsinstanz, dem Obergerichte zu Zürich, gebilligt worden. Daß sich, wie dort gesagt ist, diejenigen Mängel einer Forderung, welche man allenfalls als thatsächliche bezeichnen kann, sehr oft nicht so leicht prüfen und erkennen lassen, wie Mängel an körperlichen Sachen, was dort näher ausgeführt ist, ist gewiß richtig. Es wird dort fortgefahren.

Es wäre daher gewiß höchst sonderbar, wenn der Gesetzgeber dem Käufer einer Forderung eine diesfällige Reclamation schon nach 6 Monaten hätte abschneiden wollen. Damit stimmt auch vollständig überein, was in § 1040 eod. ganz allgemein von jeder Cession einer Forderung, also auch von der auf Grundlage eines Kaufvertrages geschehenen gesagt ist. Nach dieser Gesetzesbestimmung nämlich wird für die Zulässigkeit des Regresses gegen den Cedenten erfordert, daß der Cessionar zuerst die Betreibung der Forderung versucht habe und damit sorgfältig verfahren sei. Hiebei würden aber in weitaus den meisten Fällen die Fristen des § 1426 gar nicht inne gehalten werden können.

Digitized by Google

Einmal kann die Betreibung erst versucht werden, wann die Forderung fällig ist, sodann wird schon die Betreibung auf dem summarischen Wege oft mehrere Monate lang dauern, wenn auch dieselbe allerdings bloß bis zur erfolglosen Pfändung fortgeschritten zu sein braucht (Gwalter's Zeitschrift, Bd. IX, p. 331); sodann ist aber auch gar nicht gesagt, daß die Betreibung auf dem summarischen Wege erfolgen müsse, sie kann ebenso gut auf dem ordentlichen Proceßwege versucht werden (vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, Bd. IV, p. 297) und ist oft sogar auf dem summarischen Wege gar nicht möglich. In diesem Falle aber könnten die Fristen des § 1426 nur selten innegehalten werden. Diese Gründe sind u. A. durch Bluntschli nicht widerlegt. Die ratio, welche im Interesse der Sicherheit und Beweglichkeit des Verkehrs für die kurzen Fristen beim Kaufe von Waaren spricht, fällt hier weg.

11. Bluntschli nimmt ferner an, daß die Klage auch schon nach den Bestimmungen des § 1418 abzuweisen wäre, weil die Kläger die verkaufte Sache in ihren Gewahrsam (auf Lager) genommen und den Verkäufern nicht ohne Verzug angezeigt haben, daß die Waare Mängel habe, für welche diese einstehen müssen. Hier scheint es noch klarer, daß der Gesetzgeber nur den Kauf körperlicher Sachen, nicht von Forderungen im Auge gehabt hat. Schon die Ausdrücke „auf Lager" und „Waare" deuten darauf hin; man kann ja eine Forderung gar nicht in seinen Gewahrsam nehmen, höchstens etwa eine dieselbe repräsentirende Urkunde, aber wo eine Forderung nicht an eine solche geknüpft ist, auch das nicht einmal und alle diesseits gegen die Anwendung des § 1426 des privatrechtl. Gesetzbuches dafür, daß der Gesetzgeber nie daran gedacht hat, dem Cessionar einer Forderung bei Verlust seines Regreßrechtes zur Pflicht zu machen, unmittelbar nach der Cession zu reclamiren oder den Beweis zu übernehmen, daß er den Mangel in den zugesicherten Eigenschaften der Forderung erst später entdeckt habe. Der Grund der Verjährungsfrist dieses Paragraphen ist offenbar der, daß der Käufer Gelegenheit hat, die Waare, die er auf Lager nimmt, zu besichtigen und zu prüfen und daß er daher sich nicht beschweren kann, wenn er diese Prüfung nicht vornimmt oder trotz derselben die Waare unbeanstandet passiren läßt. Dem Papier aber, welches eine Forderung repräsentirt, läßt sich der Mangel in derselben, wenigstens in einem Falle wie der vorliegende, nicht ansehen. Es kann daher auch diesfalls die im Gutachten ausgesprochene Ansicht nicht getheilt werden.

Digitized by Google

12. Ferner erklärt Bluntschli, daß nach § 1418 cit. die Klage auch deßwegen abgewiesen werden müsse, weil von den Actionären die Geschäftsführung wiederholt gebilligt worden sei, was namentlich auch von der Beklagten betont wird. Und wenn auch § 1418, wie ausgeführt, sich nicht auf den Forderungskauf bezieht, so ist doch klar, daß auch ohne besondere Bestimmung der Käufer einer Forderung, welcher nach Erkenntniß ihrer Mangelhaftigkeit sie dem Verkäufer gegenüber als dem Kaufsvertrage entsprechend erklärt, d. h. billigt, aus jener Mangelhaftigkeit nachher keinen Regreßanspruch mehr gegen den Verkäufer herleiten kann, weil eben in der Billigung ein Verzicht auf einen solchen liegt. Allein eine solche Billigung kann in der vorliegenden Abnahme der Geschäftsberichte doch unmöglich gefunden werden. Einmal geschah diese Abnahme nur den Gesellschaftsorganen, nicht den Emittenten gegenüber. Ferner handelten dabei die Actionäre lediglich als Träger der Actien, gleichviel wie mangelhaft diese seien, gegenüber der Actiengesellschaft, nicht als Käufer, die ihr Kaufsobject prüften; es handelt sich nur darum, wie die Gesellschaftsorgane fungirt haben und um die Constatirung des Standes der Gesellschaft, und wenn diese richtig war, so mußte sie genehmigt werden, wenn sie dem Prospecte der Emittenten auch noch so wenig entsprach. Auch kann nicht gesagt werden, daß schon jene Geschäftsberichte dem Actionär sichern Aufschluß über die Erfüllbarkeit aller im Prospecte gemachten Verheißungen gegeben haben, so daß etwa das daraufhin erfolgte Stillschweigen gegenüber den Emittenten nothwendig als eine Billigung der mangelhaften Erfüllung derselben angesehen werden müßte; hierüber ist am Besten auf die von Bluntschli selbst gegebene, oben in den factischen Theil aufgenommene Characterisirung der Geschäftsberichte zu verweisen.

13. Alle obigen Erörterungen würden übrigens überflüssig sein, wenn, wie die Kläger behaupten, den Emittenten ein Dolus zur Last fiele, da der Fall des Dolus in den §§ 1418 und 1426 des privatrechtl. Gesetzbuches ausdrücklich vorbehalten ist. Der Dolus müßte von den Klägern bewiesen sein. Freilich müßte dafür nicht gerade die Absicht nachgewiesen werden, den Subscribenten Schaden zuzufügen, sondern es würde dafür schon eine mit dem Bewußtsein der Unwahrheit gemachte Angabe von Thatsachen, welche geschah, um den Abschluß von Rechtsgeschäften zu veranlassen, genügen. So sanguinisch nun auch die gemachten Berechnungen gewesen sind und so sehr die Emittenten, wie aus einem Berichte der Beklagten selbst vom 14. Juni, Act 128, hervorgeht, wußten, daß es nothwendig sein werde, dem Pro-

Digitized by Google

jectanten Ritter gegenüber den Verwaltungsrath in einer Weise zu bestellen, „welche ein Gegengewicht gegen allfällige Tendenz zu großen Ausgaben bilden wird," so fehlt es doch an den nöthigen Angaben und substantiirten Beweisanerbieten für einen solchen Dolus. Es kommt diesfalls schon in Betracht, was Bluntschli im Allgemeinen über die Stimmung des Jahres 1870 sagt, nämlich:

„Zwischen den Stimmungen und Vorurtheilen der Jahre 1870 bis 1872 und denen der spätern Jahre ist ein gewaltiger Unterschied. Damals war man in der Schweiz wie in Oesterreich und in Deutschland und fast in ganz Europa voll sanguinischer Unternehmungslust. Es war die Zeit der Gründungen. Seit dem Wiener Krach und der chronisch gewordenen Geschäftsstille hat eine mißtrauische, pessimistische Stimmung sich verbreitet. Es ist dieß die Zeit der Liquidationen und Insolvenzen vieler Unternehmungen. Damals genossen die Gründer ein übertriebenes Vertrauen, jetzt sind sie ebenso einer übertriebenen Verfolgung ausgesetzt. Es ist für den Einzelnen, selbst wenn er juristisch und öconomisch gebildet ist, schwer, sich solchen allgemeinen Strömungen des Zeitgeistes zu entziehen."

Man darf nun freilich mit Bezug auf den guten Glauben Ritter's wohl nicht so viel Gewicht wie Bluntschli darauf legen, daß jener für die Concession, für welche er außer den ihm ersetzten Recognitionsgebühren Nichts bezahlt hatte, sich mit Stammactien zahlen ließ, da ja diese Stammactien, wenn auch erst nach den Prioritätsactien rückzahlbar, so doch neben ihnen zu verzinsen waren und ihm somit eine jährliche Einnahme von Fr. 15,000 (6 % von 1/4 Million) gerade so gut wie den Actionären ihre Dividende gesichert war. Und das gleiche Argument greift auch mit Bezug auf die den Emittenten ebenso jährlich zukommenden Fr. 15,000 Platz; es ist daher in der That nicht richtig, wenn Bluntschli p. 17 sagt, daß die Stammactien die Inhaber der Prioritätsactien gar nicht belasteten. Dagegen ist richtig, wenn er fortfährt, daß die Emittenten Ritter nicht blind vertrauten, sondern Experte zuzogen und daß folgende Momente gegen die Annahme eines ihnen zur Last fallenden Dolus sprechen.

a. Die feste Uebernahme des ganzen Actiencapitals;
b. die geringe Provision von 2 %;
c. daß sie die Actien vorzugsweise ihren Geschäftsfreunden anboten;
d. daß sie 1/3 der Actien für sich selbst behielten;

Digitized by Google

e. daß sie, wenigstens die Beklagte, im Besitz von Actien beider Art bis heute blieben.

Das Benehmen, das einer der Emittenten später in seiner Privatcorrespondenz sich hat zu Schulden kommen lassen, kann nicht gegen die Beklagte, überhaupt nicht gegen die Emittenten als solche verwendet werden.

14. Nach dem Gesagten ist also lediglich zu untersuchen, ob im Prospecte dicta promissa enthalten seien, welche nicht eingehalten wurden, ein Resultat, mit welchem Bluntschli vom Standpunkte des Innominatcontractes betreffend Betheiligung bei einer Actiengesellschaft aus und auch Hahn, l. c. p. 23, übereinstimmt. Dabei ist die Untersuchung lediglich auf die Angaben des Prospectes zu beschränken. Wenn, wie in der Replik p. 55 behauptet wird, einzelnen Subscribenten besondere Zusicherungen gemacht worden sind, so haben jedenfalls nur sie Rechte daraus erworben und mögen sie geltend machen. Uebrigens spricht der diesfalls allein angeführte Passus in einem Briefe der Beklagten an Bertschinger, Act 127, „die Voranschläge der Wasserbauten und Maschinen werden nicht überschritten werden," offenbar nur eine Erwartung aus, nicht eine Garantie.

15. Die Kläger stellen darauf ab, daß im Eingang des Prospectes nur der Vortheil der ertheilten Concession angeführt sei, dagegen der oneröfen Bedingungen derselben keine Erwähnung geschehe. Gewiß konnte die Emittenten auch ein Verschweigen haftbar machen, welches bei den Subscribenten irrige Vorstellungen erwecken mußte, wie das auch in dem mehrfach erwähnten Processe der Obligationäre sowohl von den baslerischen als auch von den zürcherischen Gerichten angenommen worden ist und wie auch Bluntschli anzunehmen scheint. Allein in jenem Eingang handelte es sich lediglich um die Beschreibung des Arbeitsgebietes der Actiengesellschaft und waren daher die Bedingungen der Concession gar nicht zu erwähnen. Im Verlaufe des Prospectes ist dann auch ausdrücklich auf den Vertrag mit der Stadt Freiburg verwiesen worden. Auch war es in der That selbstverständlich, daß die Concession nicht bedingungslos ertheilt wurde und lag die Möglichkeit sehr nahe, daß die Bedingungen im vorliegenden Falle sehr oneröse sein werden.

16. Im folgenden Passus wird gerügt, daß nur die Abtretung der Concession von Ritter an die Gesellschaft, nicht die Gegenleistung von Fr. 500,000 in actions d'apport erwähnt sei. Daß diese Gegenleistung für die Actionäre keineswegs so gleichgültig war, wie Bluntschli annimmt, vielmehr ein auf dem

Digitized by Google

Gesellschaftsgute haftendes, jährlich zu verzinsendes Passivum darstellt, ist oben ausgeführt worden. Allein es wird im Prospecte auch nicht gesagt, daß die Abtretung unentgeltlich stattgefunden habe und es war das auch nicht zu präsumiren; übrigens gaben auch darüber die angerufenen Statuten nähere Auskunft. Die Rüge fällt daher dahin. Vollends unbegründet ist die Ausstellung, daß die Vertheilung der actions d'apport zwischen den Emittenten unter sich verschwiegen worden sei, denn diese war ja, die Existenz dieser Actien einmal vorausgesetzt, für die Subscribenten ganz gleichgültig und ging auch in der That nur die Emittenten, nicht aber die Actiengesellschaft, etwas an.

17. Angegriffen wird ferner in der Angabe der Geschäfte der Gesellschaft der Passus, „die Ausbeutung innerhalb weniger Jahre der Waldungen" (sic), da diese Ausbeutung nach den Expertisen jedenfalls eine längere Reihe von Jahren habe erfordern müssen. Allein diese Angabe ist zu unbestimmt, um als eine bindende Zusicherung aufgefaßt werden zu können.

18. Als falsch wird die Angabe bezeichnet, daß die Wälder laut mehreren, durch ganz ausgezeichnete Forstmänner vorgenommenen Schatzungen eine Quantität von ca. 6 Millionen Cubikfuß Stammholz gleich ca. 160,000 Cubikmeter enthalten.

Diesfalls ist zu beachten, daß die Emittenten nicht die verbindliche Zusicherung machen, daß der Wald wirklich so viel halte, noch weniger eine Garantie dafür eingehen, daß sie vielmehr, wie auch Bluntschli und die Beklagten betonen, nur dafür haften, daß ihnen wirklich von Experten die erwähnten Angaben gemacht worden seien. Es kann daher in keiner Weise auf diejenigen Resultate abgestellt werden, welche sich später nach den Geschäftsberichten und der Schätzung Wengers, die übrigens bei der Concursliquidation sich in mehreren Punkten als viel zu niedrig herausgestellt hat, ergaben. Darum ist aber auch eine neue Expertise über den damaligen wirklichen Bestand der Wälder nicht anzuordnen.

19. Der Prospect sagt ferner, daß mit Sicherheit angenommen werden dürfe, es werde dieses Holz im Laufe von 8 Jahren verkauft sein, und die Kläger halten diesen Zeitraum für viel zu kurz angesetzt, eine solche schnelle Verwerthung sei nach den Forstgesetzen nicht erlaubt und nach den Expertisen technisch nicht möglich gewesen; und in der That wurde schon 1 Jahr später der weitere Abhieb forstpolizeilich untersagt. Allein bei Erlaß des Prospectes lag Act. 68 ein Bericht Vonderweid's selbst an Ritter vor. Derselbe ist zwar undatirt, aber offenbar

Digitized by Google

in Verbindung mit Act. 68ª vom 22. November 1869 geschrieben. In demselben wird gesagt, daß quant au code forestier alle Bestände werden abgeholzt werden können. Burnand erklärt: „j'estime que à raison de 150 billes sciées par jour il faut au moins 10 ans pour exploiter le Burgerwald (les gros bois); les scieries de la société suffiront à peine pour ses besoins.“ Die Säge ist aber viel größer gemacht worden, als er annahm; er setzte gar nicht den Wasserbetrieb derselben voraus. Hütlin spricht sich über die nöthige Zahl der Jahre nicht aus. Er sagt (p. 15), technisch bezweifle er, daß monatlich 2000 Cubikmeter sägbar wären, läßt es aber dahin gestellt sein. Es würde dieß aber in 8 Jahren 192,000 Cubikmeter statt 160,000 ausmachen. Labhardt hält die Säge schon mit 8 Gängen für mehr als genügend für jährlich 600,000 Cubikfuß, was in 8 Jahren 129,600 Cubikmeter ausmacht. Unter diesen Umständen ist die Unrichtigkeit der diesfälligen Angabe nicht nachgewiesen, wenn auch wiederum die 8 Jahre etwas sanguinisch und, wie namentlich aus Hütlin's Gutachten hervorgeht, raubbauartig, wie die Beklagte sagt kaufmännisch, nicht forstwirthschaftlich gerechnet sind. Der Erfolg hat auch gezeigt, daß die Säge viel zu groß war, nach Wenger's Ausdruck ein wahres Freßthier.

20. Die Stelle des Prospectes über die Ausbeutung der Waldungen schließt mit dem Satze: „es verbleiben also Fr. 30 als Nettoerlös oder Fr. 4,800,000, Brenn- und Kohlholz nicht inbegriffen.“ Dieser Satz war entschieden unrichtig, aber er enthielt nicht eine falsche Angabe, sondern nur eine falsche Schlußfolgerung und damit eine Verstandesoperation, die vor den Augen der Subscribenten mit den ihnen bekannten richtigen Faktoren gemacht wurde und die, wenn sie ihr folgten, ihnen gerade so gut zur Last zu legen ist wie den Emittenten selbst, ja deren handgreifliche Unrichtigkeit sie gerade vorsichtig und mißtrauisch gegen die Berechnungen der Emittenten hätte machen sollen und die in deren Ruhe und Unbefangenheit Zweifel zu setzen geeignet war. Nachdem nämlich angegeben worden ist, daß die Wälder im Ganzen 160,000 Cubikmeter Stammholz halten, welche, wie auch sehr natürlich, nicht bis auf den letzten Cubikmeter, sondern nur hauptsächlich als Bauholz zu hohem Preis in's mittägliche Frankreich geliefert werden können, steht damit der Schluß im Widerspruch, wonach gleichwohl die ganzen 160,000 Cubikmeter mit dem hohen Erlöse Südfrankreichs multiplicirt werden, und indem hinzugefügt wird, daß das Brennholz erst noch dazu komme, ist etwas gesagt, was nicht nur falsch ist, sondern auch mit dem Vordersatze in Widerspruch steht, wonach, wie das auch wirklich

Digitized by Google

der Fall und in Hütlin's Expertenbericht deutlich gesagt ist, alles Stammholz, also auch die nur als Brennholz zu verwerthenden Stämme, in den 160,000 Cubikmeter inbegriffen sind. Für eine solche bloße Schlußfolgerung aber können, so unrichtig sie auch war, die Emittenten nicht verantwortlich gemacht werden von Subscribenten, welche, im Besitze der richtigen Factoren, gerade so sanguinisch gerechnet haben wie sie selbst. Genau so verhält es sich auch mit der Behauptung, daß der Maßverlust bei Verarbeitung des Holzes nicht in Rechnung gebracht worden sei.

21. Die Kläger sagen, schon der Umstand spreche gegen die Richtigkeit der Berechnungen des Prospects, daß dieser einen Nettoertrag von Fr. 4,800,000 ohne die Bodenfläche herausrechne aus Waldungen, welche die mit tüchtigen Forstmännern versehene Stadt Freiburg zu Fr. 1,400,000, den Boden inbegriffen, verkauft habe, und das ist auch ganz gewiß richtig. Die Stadt verkaufte die von Vonderweid ausgerechneten 140,000 Cubikmeter zu Fr. 10 per Cubikmeter, während der Prospect den Cubikmeter zu Fr. 30 netto anschlug. Allein auch darüber sind die Subscribenten von den Emissionshäusern nicht getäuscht worden; es steht im Eingang des Prospectes sogar ausdrücklich, daß der Kaufspreis nur Fr. 1,400,000 betragen habe. Uebrigens kam zu diesem Kaufpreis allerdings noch die Verpflichtung zur Erstellung eines Wasserreservoirs und der Wasserversorgung und hätte die Stadt natürlich sich ohnehin nicht leicht dazu entschließen können, bei ihrer Finanzlage von sich aus so kostspielige Constructionen auszuführen, wie sie für die Ausbeutung der Wälder und der Wasserkräfte nothwendig waren.

22. Die Kläger rügten ferner, daß im Voranschlag der Kaufpreis der Wälder von Fr. 1,440,000 auf Fr. 1,250,000 scontirt worden sei. Allein nach Act. 57, Art. 2, waren die 5 Annuitäten des Kaufpreises zinslos, und da das einbezahlte Actiencapital unterdessen zinsbar gemacht werden konnte, so war es nicht unrichtig, gegenüber dem einfach gerechneten Actiencapital den Kaufpreis zu scontiren, auch wenn derselbe nicht mit Sconto vorausbezahlt wurde. Freilich ist der Sconto von Ritter im avant-Projet, Act. 20, zu Fr. 168,000, soit Fr. 170,000 sehr hoch gerechnet, zumal ja voraussichtlich auch einige Zeit vor der günstigsten Anlage der gesammten einbezahlten Gelder nutzlos verstreichen mußte, die Emission erst Mitte Juni und die Einzahlung nachher erfolgte, ja sogar von dem zu 5 % berechneten Scontozins wieder Zins zu 4 % angesetzt wurde, während ein solcher richtiger Weise wohl weder mit den Klägern abgezogen,

Digitized by Google

noch mit den Beklagten zum Sconto hinzugeschlagen werden sollte. Aber im Uebrigen ist der Sconto quantitativ nicht angefochten worden, die Differenz, die sich hiebei allenfalls ergeben könnte, ist unbedeutend im Verhältniß zum Ganzen, und auch hier handelt es sich nicht um eine falsche Angabe, sondern um einen vielleicht falschen Schluß, eine unrichtige Berechnung, welche den Subscribenten, die die Verhältnisse kannten, ebensowohl zur Last fällt als den Emissionshäusern.

23. Das Letztere gilt auch mit Bezug auf die Bemerkung der Kläger, daß Administrationskosten, Zinse ꝛc. nicht in Rechnung gebracht seien. Jeder Subscribent mußte sich sagen, daß solche Kosten entstehen, die Rendite hätte übrigens ohne deren Ansatz ja noch viel größer werden müssen. Wie sich dieß nachher herausgestellt hat, ist aus schon angeführten Gründen unerheblich und daher eine Expertise darüber nicht zu erheben. Allerdings scheinen die Kosten der Bauleitung und Zinsen in Ziegler's Voranschlag nicht berechnet zu sein, aber das Gegentheil ist auch nicht etwa im Prospecte gesagt. Auch fehlen im Prospecte die Fr. 40,000 Fertigungskosten, und es mag dieß neuerdings zeigen, wie unsolid gerechnet wurde, allein es kann nicht gesagt werden, daß solche Kosten nothwendig im Prospecte hätten aufgeführt werden sollen. Uebrigens enthält der nachher, nämlich im August 1870, ausgegebene Directorialbericht Ritter's die Bemerkung, daß bei den Renditeberechnungen Fr. 157,500 für „Administration et frais généraux" angenommen worden seien, und es ist nicht mit den Klägern anzunehmen, daß dieß erst hintenher so gemacht worden sei. Freilich sind keine Bauzinsen dabei und war der Ansatz überhaupt bei den großen Fertigungskosten, den großen Honoraren Ritter's und Anderer gewiß zu klein; aber auch hier geht die unsolide Rechnungsart keineswegs in ein falsches dictum oder promissum über.

24. Unstichhaltig ist die Rüge des Passus im Prospecte, daß die verschiedenen Terminzahlungen und Auslagen „für Bauten sich auf mehrere Jahre vertheilen." Die Angabe an sich ist ja vollkommen richtig und wenn auch die Terminzahlungen, so weit sie sich auf die Wälder beziehen, im Voranschlage scontirt worden sind, so ist gezeigt worden, daß damit nicht gesagt ist, daß sie auch als zum Voraus zu leisten angenommen werden mußten. Uebrigens war auch hier die Sachlage jedem Subscribenten klar gelegt.

25. Ebenso wird mit Unrecht die Angabe gerügt, daß „der Ertrag der Waldungen sofort ein reichliches jährliches Contingent

Digitized by Google

der Gesellschaftskasse zuführen" werde. Denn wenn auch allerdings zum schwunghaften Betriebe des Geschäftes erst die Vollendung der Säge abgewartet werden mußte, so konnte voraussichtlich doch schon von Anfang an eine bedeutende Ausbeute der Waldungen stattfinden, wie ja auch die Stadt dieselben schon ausbeutete, und nach den Geschäftsberichten hat dieselbe auch wirklich stattgefunden.

26. Was nun die im Prospecte angestellten Renditeberechnungen betrifft, so sind dieselben nichts Anderes als ohne jede Garantie ausgesprochene Erwartungen, für deren Nichteintreffen die Projectanten nicht haftbar gemacht werden können. Es sind Anpreisungen des Unternehmens; die Projectanten haben dadurch nur ihre wirkliche oder angebliche Meinung über die sich darbietenden guten Aussichten ausgesprochen, was rechtlich völlig irrelevant ist.

cf. Hahn l. c., p. 23.

27. Die Angaben des Prospectes über den Erwerb der Concession sind richtig. Mochte auch die Zahlung der Fr. 500,000 in zinsberechtigten Stammactien noch so wenig gerechtfertigt sein, so ist dieß unerheblich, da die Subscribenten hierüber keineswegs getäuscht, im Gegentheil die darüber Aufschluß gebenden Statuten ausdrücklich angerufen wurden. Daß die Hälfte dieser Stammactien den Gründern selbst eingehändigt wurde, ist, wie schon erwähnt, für die Subscribenten irrelevant.

28. Endlich rügen die Kläger gegenüber dem Prospecte, daß daselbst gesagt werde, es werden nur 2000 Actien von emittirten 3000 verkauft, während alle 3000 verkauft worden seien. Abgesehen nun davon, daß hiefür ein Beweis nicht geführt werden könnte und die bei den Acten liegende Vertheilungsliste gegen die Richtigkeit der klägerischen Behauptung spricht, kann in der Subscriptionseröffnung ein bindendes Versprechen der Verkäufer, die übrigen 1000 Stück irgend welche Zeit lang oder immer selbst zu behalten oder wenigstens nicht zu verkaufen, nicht gefunden werden und ist im Uebrigen durch das diesfalls von ihnen unter sich getroffene Abkommen den Klägern keinerlei Berechtigung erwachsen.

29. Das mehrfache Vorbringen der Kläger, daß noch mehr als der Prospect der 1. und 2. Jahresbericht die Actionäre getäuscht haben, ist für die vorliegende Klage unerheblich. Es könnte eine solche Thatsache bei der Frage der Verantwortlichkeit eines Mitgliedes des Verwaltungsrathes, zu welchem die Be-

Digitized by Google

klagte nicht gehört hat, in Betracht fallen, nicht aber gegenüber einem Verkäufer von Actien.

30. Bei dieser Sachlage muß die Klage vollständig abgewiesen werden und es ist daher nicht weiter einzutreten, weder auf die Frage, ob von den Actien Zinsen zu zahlen wären, noch auf die, ob und welcher Schaden den Klägern aus der Handlungsweise der Emittenten entstanden sei.

Anmerkung. Eine höchst interessante Frage wurde in dem vorstehend abgedruckten Urtheile nicht behandelt, weil dieses nicht nöthig war: Hätte die Bank in Winterthur im Falle einer Verurtheilung solidarisch haften müssen?

Im Processe der Obligationäre der Gesellschaft von Eaux et Forêts hat das Handelsgericht Zürich in seinem Urtheile d. d. 25. Aug. 1876 die solidarische Verpflichtung eines Emissionshauses (Bank in Winterthur) für alle Summen, seien sie bei diesem oder jenem Emissionshaus subscribirt, ausgesprochen. Es wurde dort ausgeführt, daß als Begeber einer subscribirten Obligation nicht etwa dasjenige Haus erscheine, bei welchem dieselbe subscribirt worden sei, sondern alle vier Emissionshäuser gemeinsam, und daß jedes einzelne derselben nur als eine zur Bequemlichkeit der Subscribenten bezeichnete Subscriptions- und Zahlstelle aufgefaßt werden müsse.

Bluntschli hat in seinem Gutachten, p. 29 ff., wie mir scheint sehr mit Recht, gegen die Entscheidung des Handelsgerichtes opponirt. Die Regel bei einer gemeinen Gesellschaft — und eine solche, speciell eine Participationsgesellschaft, war nach unbestrittener Auffassung das Verhältniß der vier Emissionshäuser unter sich — ist, daß der handelnde Gesellschafter dem Dritten gegenüber alleiniger Schuldner wird (§ 1248 des Civil.-Ges.). Allerdings entsteht eine Solidarschuld, wenn ein Gesellschafter von den andern ermächtigt worden ist, auch für sie zu handeln (§ 1250), und es spitzt sich die ganze Frage dahin zu, ob in der gemeinsamen Unterzeichnung eines Prospectes eine derartige Ermächtigung zu finden sei. Bluntschli sagt, diese Vollmacht sei im Prospecte nirgends ausgesprochen, und es scheint mir in der That sehr wichtig zu sein, daß alle vier Häuser denselben unterschrieben haben. Dazu kommt, daß die einzelnen Subscribenten mit einem bestimmten Bankhause contrahirt haben.

Digitized by Google

2. Ueber die Interpretation des § 1260 des Civ.-Ges.

§ 1260 lautet:

„Eine im Verkehre bereits bestehende Firma darf nicht von einer andern Gesellschaft für sich gewählt werden. Jede bestehende Firma hat ein Recht, zu fordern, daß jede neue Firma deutlich als eine von ihr verschiedene bezeichnet und die Täuschung des Publikums vermieden werde."

Caspar Schindler-Escher, Inhaber der Firma Gebrüder Meyer, Seidenfabrikant, contra Gebrüder Meyer, Buchdrucker.
(31. März. 1877).

Die factischen Verhältnisse ergeben sich aus der Begründung des Urtheils der Appellationskammer d. d. 31. März 1877. Das Bezirksgericht Zürich hat die Klage, ob die Beklagten schuldig seien, die Führung der Firma „Gebrüder Meyer" zu unterlassen, abgewiesen und die Appellationskammer hat sie gutgeheißen.

Die Gründe lauten dahin:

1) Laut der im Amtsblatt vom 9. Januar d. J. enthaltenen amtlichen Publikation der Direktion des Innern lautet die Firma ganz einfach „Gebrüder Meyer", also ganz so, wie zugegebenermaßen diejenige des Klägers lautet, und die von den Beklagten selbst eingereichten Actenstücke zeigen, daß Jene selbst in ihren Formularen sich lediglich dieser Firma bedienen. Da nun § 1260 des privatrechtlichen Gesetzbuches den Gebrauch einer im Verkehr bereits bestehenden Firma durch eine andere Gesellschaft unbedingt verbietet, so bedarf die Gutheißung der Klage einer weiteren Begründung nicht. Daß Kläger seine Firma weiter führen will, während er selbst nicht Meyer heißt, hat durchaus nichts Auffallendes und ist ja in § 1259 des privatrechtlichen Gesetzbuches ausdrücklich gestattet.

> Wird dagegen ein altes Etablissement übernommen und fortgesetzt, so kann auch die alte Firma fortgeführt werden, obwohl ihre Namen sich nicht unter den neuen Gesellschaftern finden.

2) Aber auch wenn die Beklagten wirklich, wie sie behaupten, zeichnen würden „Gebrüder Meyer, Buchdrucker", müßte die Klage gutgeheißen werden; denn auch dann würden wenigstens nach dem herrschenden Sprachgebrauch und der Auffassung des Publikums nur die zwei ersten Worte als eigentliche Firma aufgefaßt, denen das dritte nur als Bezeichnung des Geschäftszweiges beigefügt wäre, so daß also auch dann die neue Firma nicht,

Digitized by Google

wie es § 1260 verlangt, als deutlich von der bestehenden verschieden bezeichnet werden könnte.

Anmerkung. Die zürcherische Gerichtspraxis hat die Bestimmung des § 1260 ausgedehnt auf die Namensbezeichnung von Tavernen und ferner erklärt, daß dieselben „auf alle Arten von Handelsetablissementen und ähnliche mit dem Publikum im Verkehr stehende Anstalten" Anwendung finde, obwohl § 1260 in dem Kapitel über die eigentliche Handelsgesellschaft (Collectivgesellschaft) aufgeführt ist.

Der zitirte Entscheid des Appellationsgerichts ist sehr hart, denn es ist doch ein sehr elementares und natürliches Recht, daß man denjenigen Namen gebrauchen darf, den man von Hause aus hat.

Es wäre auf Seite der Beklagten nahe gelegen, zu erklären, sie wollen in die Firma auch ihre Vornamen aufnehmen, z. B. Jakob und Andreas Meyer, Buchdrucker. Dieß ist nicht geschehen, überhaupt ist aus den Akten nicht zu entnehmen, welche Vornamen die Beklagten haben, Kläger heißt Caspar Schindler.

Nach dem deutschen Handelsgesetze (Art. 20 i. f.) kann in einem Falle der Gleichheit von Vor- und Familiennamen der schon in das Handelsregister eingetragene Kaufmann verlangen, daß sein Namensvetter der Firma einen Zusatz beifüge, durch welchen sich dieselbe von der bereits eingetragenen Firma deutlich unterscheidet.

Im französischen Rechte ist es zweifellos, daß Niemanden verboten werden kann, im Handel seinen Namen zu gebrauchen. Zu derartigen Extravaganzen versteigt sich die französische Praxis nicht. Sie gebietet höchstens, obwohl sie einer concurrence déloyale energisch auf den Leib rückt, daß den Familiennamen unterscheidende Zusätze gemacht werden, z. B. le jeune (cf. Bédarride sur les brevets d'invention, sur les noms des fabricants etc. II, N° 733). Auch wo Personen gleiche Vor- und Familiennamen besitzen, behilft sich die französische Judicatur mit demselben Mittel (Bédarride l. c., N° 735 ff.). Einzig wenn die Verwendung eines Namens als das offenbar prämeditirte Mittel, eine betrügerische Concurrenz zu schaffen, erscheint (ein Kaufmann findet einen Angestellten, der Clicquot heißt, und um der bekannten Champagner-Firma Clicquot & Comp. Concurrenz zu machen, gründet er eine gleichlautende Firma cf. Bédarride l. c., N° 73), wird auch in Frankreich der Gebrauch des Namens untersagt.

Digitized by Google

Was das englische Recht anbetrifft, so finde ich in Levy international commercial law I, p. 44, in Höchster Manuel de droit commercial français et étranger p. 201/2 und in Addison on the law of contracts p. 874 (4. Aufl.) nur den allgemeinen Satz, daß wer einen schon im Handel bestehenden Namen annimmt in der Absicht, das Publikum zu mißleiten, schadenersatzpflichtig und gezwungen wird, den Namen einer Sachfirma zu verändern, — die hier vorwürfige Frage finde ich direkt nirgends angedeutet.

3. Kann Derjenige, welcher von einer Filiale des klägerischen Hauses (in Lyon) belangt wird, compensiren mit einer Forderung, welche dem Beklagten aus dem Verkehre mit dem Hauptetablissement (in London) zusteht? Voraussetzungen der Compensation, Rechtsstellung der Agenten.. „Feste Anstellung" einer Waare. — Liegenbleiben eines Telegrammes in Folge Nachlässigkeit des Telegraphenangestellten.

Dufour frères & Comp. in Lyon contra Landolt & Fäsi.
(16. März 1877.)

Die Facta sind in abgekürzter Gestalt folgende: Gebrüder Dufour & Comp., Inhaber einer Seidenhandlung in London, erließen am 15. Mai 1872 ein Circular, worin sie ihren Geschäftsfreunden mittheilten, que nous établissons un comptoir à Lyon dont nous confions la direction à notre ami Monsieur A. B. qui aura *notre* signature sociale par procuration. Durch Vermittlung ihres Agenten (C. Wehrli) verkauften unterm 13. Juni 1876 Dufour frères & Comp. in Lyon (Kläger) den Beklagten 20 Ballen Seide. Die Factur enthält die Bemerkung: „pour payer à Lyon". Die Beklagten zahlten an den Facturbetrag von rund Fr. 39,000 im Ganzen rund Fr. 27,000.

Das Haus Dufour brothers & Comp. in London meldete seinem Vertreter C. Wehrli mit Telegramm vom 19. Juni 1876, es offerire dem Herrn Oschwald fest bis und mit Morgen „ferme demain" (Dienstag) 23 Ballen; Wehrli erwiederte mit Brief vom gleichen Tage, er habe die Waare dem Herrn Oschwald bis Morgen Mittag fest offerirt, allein mit Brief vom 20. Juni meldet der Nämliche den Klägern, Oschwald habe auf diese Offerte nicht eintreten wollen, er habe daher die Muster von dort zurückgezogen und es sei ihm gelungen, die Herren

Digitized by Google

Landolt & Fäsi zur Acceptation der fraglichen Partie zu veranlassen, wovon er sie mit Telegramm benachrichtigt habe. Die Muster dieser Partie habe er den Herren Landolt & Fäsi ausgeliefert. Das fragliche Telegramm war in Zürich am 20. Juni, Mittags 12 Uhr, auf dem Telegraphenbüreau aufgegeben, blieb aber auf dem Büreau in Bern liegen! Das in Frage stehende Geschäft war zwischen Wehrli und den Beklagten am 20. Juni Vormittags mündlich abgeschlossen worden und von dem Erstern den Beklagten schriftlich bestätigt: Sie beliebten von fester Anstellung der Herren Dufour frères & Comp. in London zu acceptiren . . . . gewohnte Londoner Conditionen.

Mit Telegramm vom 23. Juni, aufgegeben in London Vormittags 10½ Uhr, berichtete das dortige klägerische Haus dem C. Wehrli auf dessen Brief vom 20. gl. Mts., das darin erwähnte Telegramm sei verloren gegangen. C. Wehrli telegraphirte, Landolt & Fäsi verlangen die Lieferung der 23 Ballen zum Ankaufspreise, widrigenfalls dieselben Dufour brothers & Comp. für den entstehenden Verlust verantwortlich machen.

Nach mehrfachem Briefwechsel erklärten die Beklagten dem Londoner Hause, sie werden den der klägerischen Filiale in Lyon schuldenden Saldo von rund Fr. 12,000 auf Abschlag des Schadenersatzes zurückbehalten.

Das Haus in Lyon erhob Klage bei dem zürcherischen Handelsgericht und führte aus

1) betreffend das Lyonergeschäft. Nach den Kaufsbestimmungen „franco Lyon . . . pour payer à Lyon" sei die Schuld der Beklagten in Lyon domicilirt und es müsse der volle Betrag der Factur in Baar in Lyon bezahlt werden. Die Schuld könne also nicht durch Entgegenhalten einer illiquiden bestrittenen Forderung an das Stammhaus in London getilgt werden. Das Nebenetablissement in Lyon sei ein selbstständiges Rechtssubject. Uebrigens sei bezüglich der Compensation Art. 1291 Code civil maßgebend;

2) betreffend das Londoner Kaufgeschäft. Dieß sei ein Commissionsgeschäft gewesen, allein nach Londoner Usancen werde der Verkäufer erst gebunden, wenn dem Offerenten die Zusage innert der bedungenen Zeit zukomme. Die Zusage an den Ueberbringer der Offerte (Agenten ꝛc.) genüge nicht. Die Beklagten haben von dem Inhalte des klägerischen Telegrammes vom 19. Juni Kenntniß erhalten und mithin gewußt, daß das Haus in London bis zum 20. Juni Abends eine Zusage erwarte.

Digitized by Google

Die Beklagten erhoben eine Widerklage, gestützt auf den entstandenen Schaden. Mit Bezug auf die Klage, wurde ausgeführt, komme nicht französisches, sondern zürcherisches Recht zur Anwendung; Wehrli sei zu einem festen Kaufe bevollmächtigt gewesen. Jemanden eine Sache zum Verkaufe fest anstellen, sei gleichbedeutend mit: ihm die Vollmacht ertheilen, sie zu den festgesetzten Bedingungen ohne weitern Vorbehalt zu verkaufen. Im Uebrigen bezogen sich die Beklagten auf ein Gutachten von Prof. Regelsberger. — In der persönlichen Erklärung äußerten sich die Beklagten dahin: Wehrli habe bei Entgegennahme ihrer Acceptationserklärung nicht gesagt, daß er nach London telegraphiren müsse, wohl aber habe derselbe auf die Frage, ob er wirklich die Waare fest an Hand habe, erwiedert, wenn er nur bis Abend nach London telegraphiren könne.

Das Handelsgericht hat mit Urtheil vom 16. März 1877 die Klage gutgeheißen und die Widerklage verworfen aus folgenden (abgekürzten) Gründen:

1) Die Factur ist ihrem Wortlaute nach auf den 14. September 1876 fällig und die Klage an sich unangefochten.

2) Die Beklagten verstellen eine größere Gegenforderung zur Compensation, und suchen sie, soweit sie die Klage übersteigt, durch Widerklage geltend zu machen. Die Kläger wenden mit Unrecht ein, durch den Wortlaut der Factur sei jede Compensation ausgeschlossen. Es ist darin nur gesagt, wo gezahlt werden müsse, über das Wie der Zahlung fehlt jede Angabe. Im Allgemeinen aber und abgesehen von besondern Verhältnissen ist die Compensation der Zahlung gleich zu achten. Um sie auszuschließen, wäre daher irgend welche Hinzufügung, z. B. pour payer en espèces argent comptant oder dgl., unter Umständen sogar noch deutlicheres Wegbedingen einer Abrechnung nothwendig gewesen:

l. 76, D. de V. S. 50, 16.
Seuffert's Archiv IV, Nr. 214.

3) Dem widersprechen auch die von den Klägern angeführten Urtheile des deutschen Reichsoberhandelsgerichts (Entscheidungen IV, p. 37 und V, p. 157) nicht, denn die dort entscheidenden Momente fehlen hier gänzlich (cf. Seufferts Archiv XV, Nr. 216).

4) Es ist also auf die Frage der Compensation einzutreten und nun vor Allem die Einwendung zu prüfen, daß die Gegenforderung der Beklagten, wenn sie überhaupt bestehe, nicht den Klägern gegenüber, sondern gegenüber der Firma Dufour bro-

Digitized by Google

thers & Comp. in London zustehe. Letzteres ist zugegeben, dagegen behaupten die Beklagten die Identität dieser Firma mit der Klägerschaft. In dieser Beziehung ist das Circular d. d. 15. März 1872 maßgebend, durch welches das Londoner Haus seinen Geschäftsfreunden die Errichtung des Lyoner Hauses anzeigte. Daraus geht hervor, daß die Firma in Lyon und London die nämliche ist, wenn auch an letzterm Orte das Wort frères bisweilen mit brothers übersetzt werden mag; daß in Lyon nicht ein eigenes Geschäft, sondern nur ein Comptoir des Londoner Hauses eröffnet wurde; daß nicht etwa nur zufällig die Antheilhaber des Lyoner- und des Londoner Hauses ganz die gleichen Leute zu gleichen Quoten sind, sondern daß die Antheilhaber des Londoner Hauses als solche auch die Geschäftsherren des Lyoner Comptoirs sind, daß es ihre Unterschrift („notre signature") ist, welche in Lyon geführt wird und hier auch nicht ein eigener Geschäftsherr, sondern nur ein Procurist dem Comptoir vorsteht. Demnach sind wirklich die Schuldner einer Forderung an das englische Haus und die Creditoren einer Forderung des Lyoner Comptoirs die gleichen Personen, und es ist die Sache nicht anders zu betrachten, als wenn ein Geschäft in der gleichen Stadt, vielleicht in der gleichen Straße zwei verschiedene Comptoirs neben einander besitzt und über das eine derselben einen Procuristen gesetzt hat, wo auch Niemand daran zweifelt, daß aus den von diesem geschlossenen Geschäften der direct über dem andern Comptoir stehende Geschäftsherr zu belangen wäre.

5) Damit ist, die übrigen Bedingungen der Compensation als vorhanden vorausgesetzt, die Compensabilität der beidseitigen Forderungen hergestellt. Von den Parteien ist indessen einfach eine andere Frage mit der vorwürfigen verwechselt worden, nämlich die, ob das Londoner Haus für eine in directem Verkehre mit ihm entstandene Forderung sich in Lyon belangen lassen müßte. Daß dieß, wenn diese Forderung ganz allein stünde, nicht der Fall wäre, kann ohne Weiteres zugegeben werden, da ja offenbar die Kläger ein Geschäftsdomicil in Lyon nur mit Bezug auf ihre von dort aus abzuschließenden Geschäfte aufgeschlagen haben. Für die Frage der Compensation aber ist es durchaus gleichgültig, welcher localen Competenz die Gegenforderung unterliegen würde, falls sie selbstständig eingeklagt werden sollte. Der Umstand, daß die Gegenforderung nicht an demselben Orte fällig ist wie die Forderung, hindert nach der Meinung, die wohl als die herrschende bezeichnet werden darf, die Compensation nicht. (Vergl. Regelsberger Gutachten, Windscheid Pand. § 350, Nr. 3.) Hinsichtlich der Widerklage mag

Digitized by Google

es allerdings stoßend erscheinen, das Lyoner Haus zur Zahlung einer Schuld des Londoner Hauses zu verurtheilen, und es ist nicht zu leugnen, daß, wie der klägerische Anwalt ausgeführt hat, ein Zürcher Haus in sehr schlimme Lagen kommen könnte, wenn dessen in Japan befindliche Zweigniederlassung eine dortige Firma mit einer unbedeutenden Forderung belangen und dadurch auf dem Wege der Widerklage eine dortige Verurtheilung der hiesigen Geschäftsherren zur Zahlung vielleicht großer Summen herbeiführen würde, ohne daß diese auch nur Kenntniß vom Processe erhalten hätten. Allein die Identität der Personen vorausgesetzt, ist dieß eben doch nichts Anderes als die mit dem Gerichtsstande der Widerklage immer verbundene Inconvenienz, und dieser Gerichtsstand ist nach zürcherischem Proceßrechte begründet.

6) Aus den erwähnten Gründen ist das von den Beklagten citirte Urtheil (Entscheide des Bundesgerichtes, Bd. II, p. 61), welches sich darüber ausspricht, daß eine Zweigniederlassung selbstständig belangt werden könne, nicht maßgebend für die vorwürfige Frage, da diese Belangbarkeit die Identität der Personen durchaus nicht ausschließt. Ebenso wenig ist dieß der Fall mit der römisch-rechtlichen positiven Bestimmung, welche die Compensation von Forderung und Gegenforderung im Verhältniß zu verschiedenen stationes fici verbietet (l. 1. C. de compensationibus 4, 31), indem daraus ein Schluß auf verschiedene Niederlassungen Privater nicht gezogen werden darf; dagegen kann für die hier vertretene Ansicht auch diejenige des Reichsoberhandelsgerichts zu Leipzig angeführt werden. Denn wenn auch die speziellen Voraussetzungen seines in seinem Entscheid Bd. XV, p. 175 abgedruckten Urtheils auf den vorliegenden Fall nicht passen, so hat es dort doch allgemein ausgesprochen:

> „Mag eine Person an verschiedenen Orten Handelsniederlassungen haben, welche verschiedene Firmen führen und mit einander in Rechnungsverhältniß stehen, so sind doch damit nicht mehrere verschiedene rechtliche Persönlichkeiten in der Art geschaffen, daß wenn der Inhaber der Niederlassungen unter der einen Firma auftritt, er die Rechtshandlungen, welche er unter der andern Firma vorgenommen hat, nicht zu vertreten brauchte, sondern als fremde betrachten könnte."

So gestattet auch die von der Klägerschaft betonte, von deutschen Gerichten ausgesprochene Möglichkeit der Assignation

Digitized by Google

zweier verschiedener Firmen des gleichen Kaufmanns auf einander schon nach ihrer Begründung einen Schluß betreffend die Frage der Compensation nicht (Seuffert's Archiv N. F., Bd. I, Nr. 225). Damit steht auch im Einklang ein vom zürcherischen Obergerichte am 8. September 1840 gefälltes Urtheil (Schauberg Beitr., Bd. I, p. 154) und die Ansicht verschiedener juristischer Autoren, so neben Regelsberger Gutachten, Thöl, Handelsrecht 5. Aufl., Bd. I, § 51, Anm. 3; Makower Com. zum A. D. H. Gesb., Art. 58 A 2 b, p. 114 der 6. Aufl.; Rhenius zur Lehre von der Zweigniederlassung, p. 13; vergl. Anschütz und Völderndorff Com. zum A. D. H. Gesb., Art. 43, Bd. I, p. 335.

7) Nachdem die Identität der Personen für Forderung und Gegenforderung festgestellt ist, frägt es sich, ob die übrigen Bedingungen der Compensation vorhanden sind. Hiebei ist vor Allem die Frage zu entscheiden, nach welchem Rechte die Compensationseinrede beurtheilt werden muß, ob nach französischem oder nach deutschem. Geht man mit Story conflict of laws, 2. Ausg., davon aus, daß diese Einrede lediglich ein processualisches Rechtsmittel sei, so muß man wohl zu der Ansicht kommen, daß das Recht desjenigen Ortes anzuwenden sei, an welchem der Proceß geführt wird, wie denn auch Story unmittelbar an jene Stelle anschließend anführt, daß die Frage der Concursprivilegien nach dem Rechte des Concursortes zu beurtheilen sei. Und es mag auch zugegeben werden, daß eine Compensation durch das Proceßrecht des Gerichtsortes bei gewissen Proceßacten, z. B. im Wechselproceß ausgeschlossen werden kann. Im Uebrigen aber ist die Compensation eine Art der Tilgung einer Obligation wie die Zahlung, die Verjährung, unter Umständen die Novation und A. Es ist daher nicht abzusehen, warum das Recht, unter welchem das obligatorische Verhältniß überhaupt steht, nicht auch für die Frage maßgebend sein sollte, ob dieses Verhältniß noch fortbestehe oder auf irgend eine Weise untergegangen sei, oder wie eine durch Compensation untergegangene Forderung dadurch wieder aufleben sollte, daß der gewesene Schuldner in ein Land zieht, wo die Compensation unter andern Regeln steht. Hiemit stimmt auch das Gutachten des Prof. Regelsberger überein.

8) Es frägt sich also weiter, nach welchem Rechte das bis dahin erörterte Rechtsgeschäft beurtheilt werden müsse. Bedenkt man nun, daß das Geschäft nicht schon durch den Agenten der Kläger in Zürich definitiv geschlossen, sondern erst in Folge der Mittheilung an die in Lyon wohnenden Kläger perfect geworden

Digitized by Google

ist, daß der Kaufvertrag beidseitig in Lyon zu erfüllen war, wo sich auch das Object desselben befand, von wo auch die Offerte ausging, daß dabei auch auf Lyoner Handelsübung abgestellt wird, so muß als das verstandene Recht nicht das zürcherische, sondern das französische Recht angesehen werden.

9) Regelsberger widerspricht mit Unrecht. Wenn er darauf abstellt, daß der Schwerpunkt der Obligatio die Verpflichtung des Schuldners sei, so mag dieß bei einseitigen Geschäften durchschlagend sein, bei zweiseitigen erscheint es als wirkungslos und es kann keine Rede davon sein, daß der eine der beiden Contrahenten nach diesem, der andere nach einem andern Rechte beurtheilt werden müßte.

cf. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts XII, p. 286; XV, p. 9; XIX, p. 132.

10) Der Art. 1291 des code civil knüpft die Compensation an die Voraussetzung, daß die beiden Forderungen également liquides et exigibles seien. Daß im vorliegenden Falle beide Forderungen, ihre Existenz vorausgesetzt, fällig seien, ist nicht bestritten, wohl aber bestreiten Kläger die Liquidität der Gegenforderung, dieß jedoch mit Unrecht. Eine Forderung muß dann als für die Compensation genügend liquid angesehen werden, wenn der Richter sofort auf Grundlage der Acten, ohne weiteres Beweisverfahren, sie wenigstens im Betrage der Gegenforderung festzustellen im Stande ist. Dieß ist, ihre Existenz vorausgesetzt, hier der Fall.

Vergl. Urth. des Obertrib. in Stuttgart in Seuffert's Archiv, Bd. V, Nr. 123.

11) Demgemäß muß auf die Gegenforderung eingetreten werden. Diese stützt sich darauf, daß das Londoner Haus der Kläger einen mit den Beklagten geschlossenen Kauf nicht erfüllt habe. Es ist daher vor Allem zu untersuchen, ob der fragliche Kauf zwischen den Parteien wirklich zu Stande gekommen sei. Hiebei ist nach den Acten und nach der heutigen persönlichen Erklärung des Beklagten Landolt davon auszugehen, daß der Agent C. Wehrli in Zürich den Beklagten Namens der Kläger das Kaufsobject „fest anstellte", daß er die Frage des Beklagten Landolt, ob er die Waare wirklich „fest an Hand habe", bejahte und bemerkte, er müsse nur heute noch an die Verkäufer telegraphiren, daß daraufhin eine vollständige Einigung zwischen ihm und den Beklagten über den Kauf zu Stande kam, deren Resultat er auch sofort an die Kläger nach London telegraphirte, daß aber die betreffende Depesche ohne seine Schuld in Bern

Digitized by Google

liegen blieb. Hinsichtlich seines Verhältnisses zum Londoner Hause steht fest, daß dieses ihn ausdrücklich ermächtigt hatte, am betreffenden Tage die fragliche Waare zu den nachher von ihm vereinbarten Conditionen einem andern Hause zu verkaufen, welches Haus jedoch die Offerte ablehnte, und daß das Londoner Haus schon vorher allgemein erklärt hatte, alle jeweilen am betreffenden Tage bis Nachts 12 Uhr ihm mitgetheilten Annahmen als rechtzeitig erklärt anzuerkennen.

12) Aus der Bezeichnung einer Mittelperson als Agent des Offerenten läßt sich kein Schluß ziehen darauf, daß er Vollmacht habe, Rechtsgeschäfte für Letztern abzuschließen. Denn der Name Agent wird zur Bezeichnung von Personen ganz verschiedener Stellung gebraucht, wie des Nähern ausgeführt ist in einem Urtheil des zürcherischen Obergerichts (Gazette des Trib. Suisses Bd. I, p. 196.) Nach den dortigen Ausführungen spricht, „wo es sich nicht um einen Agenten handelt, welcher in einem „wirklichen Dienstverhältnisse steht, die Vermuthung dafür, daß „derselbe nur bevollmächtigt sei, die Waare des Auftraggebers „unter den ihm aufgegebenen Bedingungen zum Verkaufe aus„zubieten, Bestellungen aufzunehmen und dieselben seinem Auf„traggeber zu übermitteln."

Vergl. Entscheid des Reichsoberhdlsger. Bd. V, p. 169; Bd. VII, p. 104; Bd. XIX, p. 86.

Es ist also die Frage zu prüfen, ob im vorliegenden Falle der Agent spezielle Vollmacht gehabt habe, für die Kläger rechtsverbindlich zu acceptiren. Diese Frage muß verneint werden. Die Offerenten selbst waren es, denen die Acceptation innert Frist zukommen mußte, damit das Geschäft zum Abschluß komme. Nach der abgegebenen persönlichen Erklärung sind auch die Beklagten selbst über diesen Sachverhalt unterrichtet gewesen. Uebrigens ist nach den Berichten verschiedener Londoner Firmen und nach den Mittheilungen der kaufmännischen Mitglieder dießseitiger Gerichtsstelle im Rohseidenhandel mit englischen Häusern eine solche Behandlung übungsgemäß selbstverständlich und wird durch den Ausdruck der „festen Anstellung" nicht ausgeschlossen. Der Gegensatz der festen Anstellung ist hier somit — um die bezügliche Frage Regelsbergers zu beantworten — der Fall, wo der Agent einem Hause eine Partie Waaren zu einem gewissen Preise anbietet, ohne von seinem Auftraggeber zu der Zusicherung ermächtigt zu sein, daß innerhalb einer gewissen Frist weder der bezeichnete Preis werde erhöht, noch die Waare an einen Andern werde verkauft werden. (Goldschmidt Zeitschr. VIII, S. 179; Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichtes Bd. XIX, S. 86 ff.)

Digitized by Google

13) Mit dieser Auffassung stimmt auch die Art überein, wie solche Agenten in der Handelswelt aufzutreten pflegen. Ein Agent dieser Art kann jeden Augenblick von seinem Auftraggeber aus seiner bisherigen Stellung ohne Weiteres entlassen werden. Zu seiner Legitimation gegenüber Dritten wird seine eigene mündliche Angabe als vollkommen genügend angesehen, sein Auftraggeber erläßt nicht etwa ein Circular, worin er ihn als seinen Agenten präsentirt. Auch im vorliegenden Falle hat der Agent in der Bestätigung der mündlichen Unterhandlungen an die Beklagten nicht etwa geschrieben, er bestätige den Verkauf, sondern: „Sie beliebten zu acceptiren."

14) Regelsberger ist nun freilich der Meinung, daß die Kläger auch dann den Nachtheil, welcher aus einer nicht rechtzeitigen Uebermittlung der Zusage der Beklagten Letztern erwachsen sei, zu tragen haben, wenn der Agent nicht als ihr Bevollmächtigter, sondern nur als ihr Bote (nuntius) betrachtet werden könne, weil sie selbst diesen Boten gewählt haben. Allein diese Ansicht muß doch auf sehr große Bedenken stoßen. Müßte auf das Rechtsgeschäft zürcherisches Recht angewendet werden, so stünde jener Auffassung wohl schon der § 906 pr. G.-B. entgegen, und daß das englische Recht in diesem Punkte vom zürcherischen abweiche, ist nicht behauptet worden. Aber auch gemeinrechtlich erscheint die Annahme, wenigstens so allgemein hingestellt, als bedenklich und dem Verkehrsleben kaum entsprechend. Es würde, wie der klägerische Anwalt hervorgehoben hat, daraus folgen, daß stets wenn der Offerent sich Antwort durch die Post erbittet, er für einen Verlust oder eine Verzögerung derselben haftbar wäre, was doch bis jetzt noch nie so allgemein angenommen worden ist. Auch Thöl, Handelsrecht, 5. Aufl., Bd. I, 2 § 239 und p. 158 A. 6; Entscheid des Reichsoberhandelsgerichts Bd. VII, p. 106 stimmt mit der hierseitigen Ansicht überein; Regelsberger stützt sich für die seinige auf l. 10 § 1 l. 11. 12 pr. § 1 Dig. Commodati 13, 6.

Es ist daselbst die Rede davon, daß A dem B eine Sache unentgeltlich geliehen hat, ihm nun den C schickt, damit der sie wieder hole, daß B sie wirklich dem C zu Handen des A übergibt und C sich damit davon macht. Auch diese Stellen erscheinen nicht als schlüssig. Jener C erscheint nicht nur als nuntius, sondern er ist zugleich von A bevollmächtigt, die Sache zu seinen Handen von B in Empfang zu nehmen (es wird ausdrücklich unterschieden, ob dominus ei dari jusserat oder commonendi causa miserat), daher denn auch B mit der Abgabe an C seine

Digitized by Google

Verpflichtung gegen A erfüllt hat und alles Weitere Sache zwischen A und B ist. Davon ganz verschieden ist der vorliegende Fall, wo eine ähnliche Vollmacht, wie angeführt, nicht anzunehmen ist. Regelsberger hat übrigens früher auch selbst aus diesen Stellen keine so allgemeinen Schlüsse gezogen, sondern nur im Falle einer gewissen culpa in eligendo den Offerenten für den Nachtheil aus nicht gehöriger Ueberbringung der Annahme haftbar erklärt (Regelsberger civilrechtl. Erörter. p. 81), wozu die ganz aus dem Zusammenhang gerissene l. 11 cit. allerdings kaum für alle Fälle genügenden Anhaltspunkt gab. Wollte man aber diesen Maßstab anlegen, so könnte wiederum eine Verpflichtung der Kläger gegenüber den Beklagten nicht ausgesprochen werden.

15) Da somit eine Acceptation der von dem Londoner Hause der Kläger den Beklagten gemachten Offerte jenem Hause nicht rechtzeitig in gehöriger Weise zugekommen ist, so ist das anerbotene Rechtsgeschäft nicht zu Stande gekommen. Es sind also die Kläger aus dessen Nichterfüllung auch nicht schadenersatzpflichtig geworden. Mithin steht den Beklagten keine Gegenforderung an sie zu.

Anmerkung: Der hier ausführlich geschilderte Proceß ist ein neuer Beweis dafür, wie mißlich die Negation einer Haftpflicht der Telegraphenverwaltung ist. Nach den erhobenen Untersuchungen steht es fest, daß die betreffende Depesche in Folge einer Nachlässigkeit auf dem Büreau in Bern einfach liegen blieb. Die Telegrapheninspektion in Bern meldete, der Fehlbare sei deßhalb „ernst bestraft worden."

Derartige disciplinarische Bestrafungen genügen nicht.

Nur eine intensive civilrechtliche Haftpflicht der Verwaltung oder zum allerwenigsten eine Verantwortlichkeit der Angestellten für Nachlässigkeit (zumal für culpa lata) kann hier helfen.

Ich kenne gar wohl die Gründe, welche gegen eine derartige Haftpflicht in's Feld geführt werden. Ich habe dieselben in meinem Telegraphenrechte (2. Aufl., p. 220—239) gewürdigt und ich halte auch jetzt noch an der Ansicht fest, daß die Verneinung jeder Haftpflicht ein wahres Unrecht involvirt. Ein kleiner Anlauf zur Besserung ist freilich zu finden in der Möglichkeit, Depeschen zu recommandiren. Allein die minime Entschädigung von Fr. 50 ist nicht sehr verlockend, diesen Modus einzuschlagen. Warum sollte es nicht statthaft sein, gegen ein höheres Pretium (unrichtig „Assecuranzprämie" genannt) eine erhöhte Haftpflicht einzuführen?

Digitized by Google

In Frankreich ist der Staat durch ein Gesetz von 1850 von jeder Haftpflicht bezüglich der telegraphischen Correspondenz befreit. Das gleiche Unrecht besteht fast überall. Der neueste Schriftsteller auf dem Gebiete des Telegraphen- und Postrechts, nämlich Rousseau: Traité théorique et pratique de la correspondance (2. Aufl. 1877) findet, daß dieser Rechtszustand sich rechtfertige „par de puissants motifs“ (l. c., N° 578). Allein derselbe Autor führt unter Berufung auf die französische Praxis (l. c., N° 582) aus, daß die Telegraphenbeamten für Verschulden persönlich haften.

Mais l'irresponsabilité, édictée par la loi française, peut-elle être invoquée également par les employés de l'administration télégraphique, qui se sont rendus coupables de fautes dans leur service? La négative ne nous paraît pas douteuse, et nous estimons que l'article 1382 s'applique, lorsque l'action en indemnité est dirigée, non contre l'administration, mais contre les employés à raison de fautes personnelles. Sans doute, on ne peut demander compte aux agents télégraphiques des erreurs, ou des irrégularités resultant de l'imperfection des appareils télégraphiques, mais ils ne peuvent se réfugier derrière cette irresponsabilité, lorsque, par suite de leur fait personnel et de leur faute, ils ont causé préjudice à autrui. Les raisons d'intérêt majeur qui ont amené le législateur d'admettre l'irresponsabilité de l'Etat ne peuvent plus recevoir d'application lorsque les personnes seules des employés sont en cause. L'exception au droit commun ne peut être étendue, et les principes généraux du droit doivent reprendre leur empire, lorsqu'on ne la trouve plus dans l'hypothèse expressément prévue par le législateur.

Auch vom Standpunkte des schweizerischen Rechtes aus scheint mir die Frage eher eine offene zu sein, ob die Telegraphenbeamten persönlich nicht für culpa aufkommen müssen. Die Discussion dieser Frage ist ganz identisch mit derjenigen, ob die Postbeamten nach dem vollen Inhalte des gemeinen Privatrechtes haften oder bloß nach Maßgabe der in den Postgesetzen zu Gunsten der Verwaltung aufgestellten Beschränkungen. Ich verweise dießfalls auf meine Schrift (die Haftpflicht der Postanstalten, p. 139—145) und namentlich auf das in p. 144 citirte Urtheil der Appellationskammer in Zürich. Es ist merkwürdig genug, daß — meines Wissens — die Frage der persönlichen Haftpflicht von Telegraphenangestellten vor schweizerischen Gerichten noch nie zur Sprache gebracht oder gar entschieden worden ist.

Digitized by Google

In Amerika haften, nach vielen Ausſprüchen der Gerichte, auch die Telegraphenverwaltungen als ſolche, wie ſich zur Genüge aus der Schrift von William L. Scott & Milton P. Jarnagin a treatise upon the law of telegraphs § 198 ff. ergibt.*)

Die Thatſache, daß das Telegraphenweſen am einen Orte Privaten überlaſſen wird, wie in Amerika, und daß es an andern Orten (ſonſt überall, auch in England) in den Händen des Staates liegt, kann vernünftigerweiſe die Rechtsſtellung der Telegraphenverwaltung nicht ändern.

4. Ueber die rechtliche Verfolgbarkeit einer kaufmänniſchen Filiale am Domicil derſelben.

(Proceß Schmid c. Schröder.)

Die Facta ſind kurz folgende:

1) Das Haus Wilhelm Schröder & Comp. beſitzt außer in Crefeld noch an verſchiedenen Orten, ſo in Mörs in Rheinpreußen, Zürich und Mailand, Fabriketabliſſements. Der Kläger (Schmid), gebürtig von Hirslanden, Kt. Zürich, war während einer Reihe von Jahren Director des Etabliſſements in Mörs und gab dieſe Stelle auf 30. Juni 1876 auf. Nach der ihm vom Hauſe in Crefeld unterm 28. Juli und 3. Auguſt 1876 nach Zürich übermittelten Bilanz ergab ſich zu ſeinen Gunſten ein Saldo von 1285 Mark 97 Pfg., von welchem Betrage Wilhelm Schröder & Comp. in letzterm Schreiben bemerkten, daß ſie ihm denſelben mit Fr. 1585. 65 bei ihrem dortigen (Zürcher) Hauſe zur Verfügung ſtellen. Wiederholte Bemühungen des Klägers, den genannten Saldo bei dem Hauſe Wilhelm Schröder in Zürich erhältlich zu machen, blieben jedoch erfolglos, da letzteren inzwiſchen von dem Crefelder Hauſe die Ordre gegeben worden war, jede Zahlung an den Kläger oder für deſſen Rechnung zu verweigern und er in Folge deſſen von hier aus an's Crefelder Haus gewieſen wurde. W. Schröder & Comp. beſchuldigten nämlich den Kläger, daß er, bevor er am 29. Juli Mörs verlaſſen, noch im Laufe des Mai und Juni die Beſtandtheile eines Webſtuhles ihres eigenen neueſten Syſtems ohne ihr Wiſſen und ohne den Werth deſſelben an ſie zu zahlen, reſp. ſeinen Conto belaſten zu laſſen, ihrem dortigen Magazin entnommen und nach Zürich verſandt habe, und ſie erhoben aus dieſem Grunde im September gegen denſelben wegen Diebſtahls,

*) Siehe auch Wharton Law of Negligence § 767. K.

Digitized by Google

resp. Unterschlagung, Strafklage mittelst Anzeige an die Staatsanwaltschaft in Zürich, welche indeß durch Verfügung vom 14. Dezember die Untersuchung sistirte. Später denuncirten die Beklagten den Kläger bei den Strafbehörden in Crefeld.

2) Im gegenwärtigen Processe belangt nun der Kläger die hiesige Firma W. Schröder & Comp. auf Auszahlung des bei ihr liegenden Saldos zu seinen Gunsten im Betrage von Fr. 1585. 65, nebst Zins à 5 % seit 30. Juni 1876. Die beklagte Firma bestreitet diese Forderung an sich nicht, stellt aber der Klage mit Rücksicht auf die gegen Kläger geltend zu machenden Ansprüche die Einrede der mangelnden Passivlegitimation und als Folge hievon der mangelnden Competenz der hiesigen Gerichte entgegen, im Wesentlichen gestützt auf folgende Ausführung. Es handle sich hier um eine in Crefeld domicilirte Handelsgesellschaft Wilhelm Schröder & Comp., welche verschiedene Filialen habe, und eine Forderung an die Filiale in Mörs müsse in Crefeld eingeklagt werden. Durch den Rückzug der der Filiale in Zürich von Seiten des Hauses in Crefeld ertheilten Vollmacht, den betreffenden Saldo an den Kläger zu bezahlen, und durch die nunmehr stattgefundene Einleitung einer Strafuntersuchung gegen den Kläger bei den Behörden in Crefeld sei die Competenz der hiesigen Gerichte noch um so mehr dahingefallen. Eventuell sei das Verfahren hierorts bis nach Erledigung jener Untersuchung, welche für den Civilpunkt von Bedeutung sei, zu sistiren.

3) Der klägerische Vertreter trug darauf an, daß das Gericht sich in der Sache für competent erkläre und führte zur Begründung an: Es sei nicht richtig, daß die Firma Wilhelm Schröder & Comp. in Zürich bloß eine Filiale eines Haupthauses in Crefeld sei, sondern es handle sich um eine einzige einheitliche Firma mit verschiedenen Domicilen.

Das Bezirksgericht in Zürich hat mit Beschluß vom 24. Februar 1877 die Klage wegen Incompetenz von der Hand gewiesen. Es nahm an, daß es sich hier um eine einzige in Crefeld domicilirte Handelsgesellschaft und um Filialen derselben handle und führte aus:

Dafür spricht der Umstand, daß nach dem Weggang des Klägers von Mörs die Correspondenz mit ihm nicht von diesem Geschäftsorte, sondern von Crefeld aus geführt wurde, daß ihm namentlich die Bilanz über das Geschäft in Mörs unterm 28. Juli 1876 von Crefeld aus dorthin zugestellt und ebenfalls von da aus unterm 3. August, nach seiner Entfernung von

Digitized by Google

Mörs, das die Bilanz, resp. seinen Saldo berichtigende Schreiben an ihn hieher nach Zürich gerichtet wurde; es geht dann auch aus diesen Schreiben, von denen man nicht etwa sagen kann, daß deren Inhalt auf einen Proceß hin eingerichtet worden sei, unzweideutig hervor, daß, wie beklagterseits behauptet wurde, die eigentliche Buchführung über das ganze Geschäft in Crefeld stattfindet, was auf das Bestehen von Filialen hinweist. Wenn also der Kläger von seiner Anstellung in Mörs her den betreffenden Saldo gegen das beklagte Haus geltend machen will, so hat er eine diesfällige Klage auf Erfüllung fraglicher Verbindlichkeit in Crefeld, als dem Domicil des Hauses, anzuheben und erscheinen somit die hiesigen Gerichte als zur Behandlung dieser Klage nicht competent. Hieran kann nämlich die in dem Briefe der beklagten Firma an Kläger, dat. 3. August vor. Js., enthaltene Bemerkung, daß sie den betreffenden Saldobetrag bei ihrem dortigen (Zürcher) Hause zur Verfügung stelle, nichts ändern, da dieselbe sich nicht als eine dem Kläger gegenüber eingegangene vertragliche Verpflichtung, die Auszahlung seines Saldos in Zürich und nur hier erfüllen zu wollen, resp. sich hier dafür belangen zu lassen, darstellt und der Rücknahme der dem hiesigen Hause diesfalls ertheilten Ermächtigung nichts entgegenstand.

Die Appellationskammer hob am 14. April 1877 den Beschluß des Bezirksgerichtes in Zürich auf unter folgender Begründung:

1) Aus dem Eintrage in das Ragionenbuch des Bezirks Zürich, welcher dem gedruckten offiziellen Verzeichnisse der Handelsfirmen des Kantons Zürich zu entnehmen ist, sowie daraus, daß die vom Anwalte der Beklagten beim Bezirksgerichte Zürich eingelegte Vollmacht von W. Schröder & Comp. in Riesbach ausgestellt und durch das Gemeindeammannamt Riesbach beglaubigt ist, ergibt sich, daß in Riesbach ein Seidenfabrikationsgeschäft unter der genannten Firma besteht. Da nun nach § 210, Ziffer 5 des Gesetzes betreffend die zürcherische Rechtspflege

> „wird eine Handlung, eine Fabrik oder ein anderes Gewerbe an einem Orte geführt oder betrieben, der nicht zugleich der Wohnsitz des Inhabers ist, so können hierauf bezügliche Klagen auch beim Gerichte des Geschäftsortes anhängig gemacht werden",

Klagen gegen eine Handlung oder Fabrik auch dann, wenn dieselbe an einem andern Orte als demjenigen des Wohnsitzes des

Digitized by Google

Inhabers betrieben wird, auch beim Gerichte des Geschäftsortes anhängig gemacht werden können, so hat das Bezirksgericht sich mit Unrecht zur Behandlung der vorliegenden Klage incompetent erklärt.

2) Es ist allerdings leicht möglich, daß die Klage wird abgewiesen werden müssen, da nach der eigenen Darstellung des Klägers er ursprünglich eine Forderung an die Firma W. Schröder & Comp. in Crefeld erworben hat, zur Zeit nichts dafür vorliegt, daß das in Riesbach bestehende gleichnamige Geschäft sich zur Ausbezahlung des dem Kläger aus dem Verkehre mit dem Crefelder Hause zustehenden Guthabens verpflichtet habe, und ebensowenig gegenwärtig feststeht, daß das Verhältniß zwischen der beklagten Firma in Riesbach und dem Hause W. Schröder & Comp. in Crefeld ein solches sei, daß Rechte und Verpflichtungen des letztern Hauses ohne Weiteres von dem erstern oder gegen dasselbe geltend gemacht werden könnten, in Ermanglung eines solchen Rechtsverhältnisses aber für Nichterfüllung eines durch das Crefelder Haus gemachten Versprechens, einen gewissen Betrag in Riesbach auszahlen zu lassen, lediglich dasjenige Haus belangt werden könnte, von welchem das Versprechen gegeben worden ist. Die Beantwortung aller hierauf bezüglichen Fragen gehört aber zum materiellen Entscheide des Rechtsstreites und kann nur in Form eines Urtheils erfolgen. Ergibt es sich, daß die beklagte Firma nicht verpflichtet ist, die eingeklagte Summe zu bezahlen, so führt dieses zur Abweisung der Klage, nicht aber zur Incompetenzerklärung der hiesigen Gerichte; auch die Gutheißung der Einrede der mangelnden Sachlegitimation kann ja gültig nur durch ein zuständiges Gericht erfolgen.

Die erste Instanz hat daraufhin nach Anhörung der Parteivorträge mit Urtheil vom 9. Juli 1877 die Klage abgewiesen. Die Erwägungen lauten dahin:

1) Die vom Kläger geltend gemachte Forderung ist eine Honorarforderung, hergeleitet aus einem zwischen ihm und der Firma Schröder & Comp. in Crefeld bestandenen Vertragsverhältniß. Wenn daher die Klage gegen Schröder & Comp. in Riesbach gerichtet wird, so kann dieselbe nur gut geheißen werden, wenn:

a. dieses Geschäft identisch ist mit demjenigen in Crefeld, also beide der gleichen Gesellschaft angehören und diese eine Collectivgesellschaft ein doppeltes Domicil, nämlich in Crefeld und Riesbach hat, oder

Digitized by Google

b. wenn sich das Geschäft in Riesbach, falls es nicht der gleichen Collectivgesellschaft angehört wie dasjenige in Crefeld, gegenüber dem Kläger in rechtsverbindlicher Weise zur Ausbezahlung seines Guthabens an Schröder & Comp. in Crefeld verpflichtet hat.

2) Was nun das ad a erwähnte Requisit betrifft, so steht als unbestrittene Thatsache so viel fest, daß die beiden Geschäfte in Crefeld und Riesbach der gleichen Collectivgesellschaft angehören. Daraus folgt, daß wenn das eine oder andere belangt wird, in That und Wahrheit immer dieselbe einheitliche Collectivgesellschaft belangt ist, und die weitere Consequenz dieses Satzes ist einfach die, daß die gegenwärtig in's Recht gefaßte Firma Schröder & Comp. in Riesbach ebenso gut passiv zur Sache legitimirt ist wie die Firma Schröder & Comp. in Crefeld, weil eben beide dieselbe einheitliche Handelsgesellschaft repräsentiren. Es hält daher diesseitige Stelle die Annahme der Appellationskammer des Obergerichtes, es stehe nicht fest, daß das Verhältniß zwischen Schröder & Comp. in Riesbach und dem gleichnamigen Geschäfte in Crefeld ein solches sei, daß Rechte und Pflichten des einen auch von dem andern oder gegen dasselbe geltend gemacht werden können, für eine unrichtige und für ebenso unrichtig hält sie, wenn dieselbe davon ausgegangen ist, es habe Kläger die Firma Schröder und Comp. in Riesbach als eine selbstständige, von derjenigen in Crefeld unabhängige Handelsgesellschaft in's Recht gefaßt; der letztere hat vielmehr seine Klage von Anfang an gegen eine einheitliche Collectivgesellschaft Schröder & Comp., domicilirt in Crefeld und Riesbach, gerichtet. Sobald demnach feststeht (und das ist eben der Fall), daß beide Geschäfte ein und derselben Collectivgesellschaft angehören, so ist auch jedes, weil in ihm nur diese Gesellschaft belangt wird, zur Sache passiv legitimirt.

3) Eine ganz andere Frage ist nun aber die, ob diese einheitliche Gesellschaft, welche in Crefeld und Riesbach ständige Geschäftsniederlagen hat, auch an dem letztern Orte rechtlich belangt werden könne oder nicht. Diese Frage aber ist absolut nichts Anderes als eine Competenzfrage und deshalb hält diesseitige Stelle jetzt noch es für vollständig richtig, wenn sie darüber einen Competenzbeschluß gefaßt und nicht ein Urtheil erlassen hat. Nachdem nun aber jener obergerichtliche Beschluß einmal existirt, bleibt nichts Anderes übrig, als in Form eines Urtheiles darüber zu entscheiden, ob die einheitliche Handelsgesellschaft Schröder & Comp. mit Geschäftsniederlagen in Crefeld und Ries-

Digitized by Google

bach auch an dem letztern Orte belangt werden könne oder nicht. Verneinendenfalls hat das Dispositiv auf Abweisung der Klage zu lauten in der inconsequenten Meinung jedoch, daß die belangte Gesellschaft immerhin neuerdings mit der gleichen Klage, aber nur in Crefeld in's Recht gefaßt werden kann.

4) Die Frage nun aber, ob die einheitliche Handelsgesellschaft Schröder & Comp. mit Geschäftsniederlagen in Crefeld und Riesbach auch an dem letztern Orte belangt werden könne, ist auch heute zu verneinen und es muß deßhalb die Klage nach dem Erwähnten in dem dort citirten Sinne abgewiesen werden. Es herrscht nämlich kein Streit darüber, daß die benannte Gesellschaft in Crefeld ein wirkliches Geschäftsdomicil hat, übrigens geht dieß auch zur Evidenz aus der Einleitung des mit dem Kläger abgeschlossenen Vertrages und dem Attestat des Handelsgerichtssecretärs zu Crefeld hervor. Nun wäre es zwar wohl möglich, daß die gleiche Gesellschaft außer in Crefeld auch noch in Riesbach ein rechtliches Domicil hätte, allein das versteht sich weder von selbst, noch spricht eine Rechtsvermuthung dafür und am allerwenigsten darf ein bezüglicher Schluß aus der Thatsache abgeleitet werden, daß in Riesbach eine Geschäftsniederlage besteht, weil die letztere eben bloß den Character einer Filiale haben kann. Bei dieser Sachlage wäre es Pflicht des Klägers gewesen, den Nachweis zu führen, daß die Gesellschaft auch in Riesbach ein selbstständiges Geschäftsdomicil habe, allein dieser Nachweis liegt nicht vor; denn Alles, was diesfalls angeführt worden ist, muß als unerheblich, resp. unschlüssig bezeichnet werden, anderseits aber sprechen die in dem diesseitigen Incompetenzbeschluß vom 24. Februar angeführten Momente und sodann namentlich auch der Umstand für das Gegentheil, daß als Sitz der Gesellschaft (und darunter versteht man eben das Domicil, wo dieselbe einzig belangt werden kann) in dem Register des Handelsgerichtes Crefeld der letztere Ort bezeichnet und gleichzeitig gesagt ist, daß das Geschäft in Zürich eben nur eine Zweigniederlassung, d. h. Filiale sei und somit nicht einen selbstständigen Sitz, nicht ein selbstständiges Domicil habe. Günstiger würde die Sache für den Kläger vielleicht dann liegen, wenn seine Forderung aus einem Vertragsverhältniß mit der Filiale in Riesbach herrühren würde, denn in diesem Falle möchte es nicht schwer fallen, aus den Bestimmungen des deutschen Handelsgesetzbuches den Satz abzuleiten, daß die Gesellschaft bezüglich eines solchen Anspruches auch ein rechtliches Domicil am Geschäftsort der Filiale habe; allein jene Voraussetzung trifft eben nicht zu und es bleibt somit nichts Anderes übrig, als die Klage

Digitized by Google

abzuweisen, zumal diese Ausführungen gleichzeitig zeigen, daß das Geschäft in Riesbach, weil es rechtlich identisch ist mit demjenigen in Crefeld, die Schuld des letztern nicht übernehmen könnte.

Die Appellationskammer hob mit Urtheil vom 29. September 1877 das bezirksgerichtliche Urtheil auf und wies die Acten an die erste Instanz zurück. Die Motive lauten dahin:

1) Die beklagte Firma hat eine Handelsniederlassung in Riesbach, von welcher aus unmittelbar und selbstständige Geschäfte abgeschlossen werden, wie auch diese Handelsniederlassung selbstständige Strafklage gegen Schmid erhoben hat. Es ist daher kein Zweifel, daß die Firma daselbst ihr Domicil hat und also auch dort rechtlich belangt werden kann (amtl. Sammlung der bundesger. Entscheidungen, II, p. 61, Erw. 1; l. 5 D ad municip. 50, 1), und für eine diesfällige Klage ist das zürcherische Gericht zuständig; es frägt sich nur, ob die Klage gegen jene Niederlassung rechtlich begründet und speciell, ob letztere passiv zur Klage legitimirt sei.

2) Es entspricht einer allgemein verbreiteten handelsrechtlichen Anschauung, daß eine nicht am Wohnsitze des Inhabers befindliche Handelsniederlassung nur aus denjenigen Geschäften direct belangt werden kann, welche von ihr selbstständig geschlossen worden sind (amtl. Sammlung der bundesger. Entscheidungen, II, p. 61, Erw. 2) und es wird dieß auch nicht durch den Satz ausgeschlossen, daß der eine Handelsfond auch für die Verbindlichkeiten des andern haftbar ist (Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Leipzig, III, p. 411, XV, p. 176; Seuffert's Archis XXXI, Nr. 255).

Dieß ist auch der Sinn von § 210, Ziff. 5 des Proceßgesetzes, wo von „hierauf bezüglichen Klagen" die Rede ist.

3) Das Crefelder Haus hat dem Kläger geschrieben, daß ihm der Saldo von Fr. 1585, 65 beim Riesbacher Hause zur Verfügung gestellt werde. Wäre das Riesbacher Haus ein dem Crefelder fremdes Haus, so würde darin wohl eine Zahlungsanweisung liegen, welche, so lange sie vom Assignaten dem Assignatar gegenüber nicht angenommen war, nach § 1205 des Civ.-Ges. vom Assignanten hätte widerrufen werden können. Da nun aber im vorliegenden Falle Assignant und Assignat die nämliche Person, nur an verschiedenen Domicilen, sind, so liegt ein ähnliches Verhältniß vor, wie beim eigenen trassirten Wechsel. Wie ein solcher, abgesehen von den positiven Be-

Digitized by Google

stimmungen der Wechselordnung, als das einfache Versprechen des Ausstellers, die Wechselsumme an einem bestimmten Orte zu zahlen zu betrachten ist (Thöl Handelsrecht, 4. Aufl. II, § 295), so gewiß auch die Anweisung auf das eigene, an fremdem Orte befindliche Haus. Dieses Versprechen in die Hand des Creditors gelegt, kann daher vom Promittenten nicht einseitig widerrufen worden.

4) Unter diesen Umständen muß auf die Frage eingetreten werden, ob die Compensationseinreden der Beklagten begründet seien oder nicht.

Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Luzern.

(Von Herrn Dr. Weibel in Luzern.)

1) Kompensation beim Wechsel im Konkurse.

Der § 38, Abs. 2, des Luzerner Konkursgesetzes lautet: „In Konkursfällen findet Kompensation statt, mag eine Ansprache woher immer rühren, jedoch nicht gegen auf Liegenschaften haftende Hypothekenverschreibungen." Der § 102 der Wechselordnung, eingereiht unter den Abschnitt „Wechselexekution und Wechselprozeß", lautet so: „(Zulässige Einreden.) Außer den Einwendungen, welche die Kompetenz des Gerichtes oder sonstige wesentliche Mängel des Verfahrens betreffen, kann der Beklagte gegen das Recht des Klägers aus dem Wechsel nur solcher Einreden sich bedienen, welche auf einer Bestimmung dieser Wechselordnung beruhen. Alle übrigen, nicht aus dem Wechselrechte entspringenden Einreden sind unstatthaft, mit der einzigen Ausnahme, daß der Beklagte die Tilgung seiner Verbindlichkeit durch Zahlung oder Erlaß geltend zu machen berechtigt ist, insofern diese Einreden ihm unmittelbar aus dem Wechsel zustehen. Der Einwand der Simulation oder Kompensation, sowie Widerklagen dürfen niemals stattfinden." Es sind das die Bestimmungen des sog. schweizerischen Wechselkonkordates. Das Konkursgesetz trat in Kraft am 17. Juni 1849, die Wechselordnung am 3. Februar 1861.

Es ist offensichtlich, daß diese beiden Bestimmungen sich gegenseitig widersprechen, daß die eine die andere aufhebt. In

Digitized by Google

welcher Weise das der Fall sei, darüber bildete sich beim Luzerner Obergericht eine Praxis, die wir für ganz falsch halten. Vorerst theilen wir folgende zwei Entscheide aus dem Konkurse des Geschäftsbüreau Gloggner, Hartmann u. Comp. in Luzern mit.

I.

Als der Konkurs ausbrach, fand der Kurator im Portefeuille vier Wechsel des Dr. Schobinger, ausgestellt an Gloggner, Hartmann u. Comp. im Betrage von zusammen Fr. 3035. Der Kurator ließ diese Wechsel exequiren. Diesfalls lautet der § 97 der W.-O.: „Der Wechselschuldner ist auf ein solches Begehren hin sofort amtlich aufzufordern, spätestens am nächstfolgenden Werktage seine Verbindlichkeit zu erfüllen oder im Falle der Bestreitung derselben den geforderten Betrag beim Gerichtspräsidenten zu hinterlegen. Entspricht er dieser Aufforderung nicht binnen der bezeichneten Frist *oder deponirt er im Falle von Einwendungen nicht innerhalb dieser peremtorischen Frist den Betrag des Anspruchs* nebst Kosten, so kann der Ansprecher gegen den Schuldner das Aufrechnungsbegehren stellen." Deponirt der Wechselschuldner die bestrittene Summe, so muß der Wechselgläubiger einklagen oder die Exekution fällt dahin.

Dr. Schobinger bestritt nun die Wechselforderung unter Anerbieten der Deposition, womit der Gerichtspräsident sich begnügte. Er wies nach, daß Gloggner, Hartmann u. Comp. ihm laut Obligo mehr schulden als nur Fr. 3035. Der Kurator erachtete die Bestreitung als ungenügend und stellte für die Wechselsumme auf Dr. Schobinger das Aufrechnungsbegehren. Dr. Schobinger verlangte Aufhebung dieser Exekution und wurde dabei letztinstanzlich beschützt.

Die Justizkommission motivirt diesen Entscheid folgendermaßen:

1. Der Kurator des Wechselgläubigers G., H. u. Comp. war nicht mehr befugt, auf Exekution von zu Gunsten des Kridars ausgestellten Wechseln gegenüber einem Wechselschuldner zu dringen, welcher zugleich Ansprecher am Konkurse des Wechselgläubigers ist und zwar in einem die Wechselforderung übersteigenden Betrage, indem diesfalls das in § 38, Abs. 2, des Konkursgesetzes zugesicherte Kompensationsrecht gewahrt bleiben muß.

2. Wenn auch die Wechselordnung in § 102 die Einrede der Kompensation als unzulässig erklärt, so wird dadurch der

Digitized by Google

m Konkursgesetze aufgestellte allgemeine Rechtsgrundsatz der Kompensation nicht umgestoßen, zumal die Frage der Zulässigkeit der Kompensation im Konkursfalle nicht im Wechsel-, sondern im Konkursprozesse auszutragen ist. (Justizkommission, 20. April 1876).

II.

In dem nämlichen Konkurse war auch die Bank in Luzern betheiligt. Am 20. August 1875 stellte Bernard Ruckli in Luzern folgenden Wechsel aus: „Den 1. November 1875 bezahle ich gegen diesen Wechsel-Obligo an die Ordre Herren Gloggner, Hartmann u. Comp. die Summe von Franken sechstausend. Werth erhalten." Am 12. Oktober 1875 indossirten Gloggner, Hartmann u. Comp. diesen Wechsel folgendermaßen an die Bank in Luzern: „Wir verschreiben und übergeben der Bank in Luzern diesen Wechsel zur Ergänzung unserer Deckung für unsern Eigenwechsel von x Fr. per 22. Dezember 1875 mit Hinweis auf unsere Faustpfandverschreibung vom 30. April 1875 und als Faustpfand für einen Betrag von Fr. 4000, welcher Ersterer als Ersatz für die heute von derselben zurückerhaltene Gült von Fr. 4000, ang. 17. März 1873 auf B. Schwegler ab Nr. 43 A im Hof zu Luzern dienen soll. Ohne Protest. Luzern, 12. Oktober 1875. Sig. Gloggner, Hartmann u. Comp." Dieses sehr interessante Indossement steht auf der Rückseite des Wechsels.

Der Wechsel wurde bei Verfall nicht exequirt. Am 11. Februar 1876 wurde dem Geschäftsbüreau Gloggner, Hartmann u. Comp. die Aufrechnung gemacht und am 17. Februar der Konkurs über dasselbe ausgekündet. Abgehalten wurde der Konkurs am 29. April 1876. An demselben meldete Bern. Ruckli eine Forderung von zusammen Fr. 10,500 an, worunter Fr. 6000 laut Obligation von Gloggner, Hartmann u. Comp. vom 20. August 1875 (Tag der Ausstellung obigen Wechsels), mit Beifügen: „Gegen richtige Gegenforderungen wird das Recht der Kompensation geltend gemacht und wird diesfalls eine Abrechnung in die Massa verlangt". Die Bank in Luzern stellte hiegegen folgende Erklärung an's Konkursprotokoll: „Die von Bernard Ruckli anbegehrte Kompensation und Abrechnung wird bestritten, sofern dieses Kompensations- und Abrechnungsbegehren gegen den der Bank in Luzern verpfändeten Eigenwechsel von Fr. 6000 per 1. November 1875 des Bern. Ruckli gerichtet sein soll."

Am 25. September 1876 wurden die Pfänder der Bank in Luzern im Konkurse Gloggner, Hartmann u. Comp. ver-

Digitized by Google

steigert, darunter auch dieser ihr indossirte Wechsel von Fr. 6000. Die Bank ersteigerte ihn. Sie erwirkte sodann am 1. Oktober 1876 gegen Bern. Ruckli Wechselexekution, die von diesem bestritten wurde. Es kam sodann zum Wechselprozeß.

Inzwischen hatte Bern. Ruckli seine bestrittene Eingabe im Konkurse der Gloggner, Hartmann u. Comp. gegen die Bank in Luzern eingeklagt und an's Recht geschlossen: er sei bei der in diesem Konkurse gemachten Eingabe und zwar sowohl bei der Forderung von Fr. 10,690. 85, als auch bei der in Anspruch genommenen Kompensation und namentlich bei der Kompensation gegen den der Bank in Luzern verpfändeten Eigenwechsel von Fr. 6000 in allen Theilen gerichtlich zu beschützen. Im Wechselprozesse verweigerte sodann Bern. Ruckli die Einlassung, d. h. er erhob die exceptio litis pendentis und wurde dabei endgültig beschützt, da es sich eigentlich nur um die Frage der Kompensation handle, die schon im Konkursprozeß pendent sei und daher dort entschieden werden müsse. Umsonst erinnerte die Bank als Wechselklägerin daran, daß der § 102 der Wechselordnung die Einrede der Kompensation ausschließe.

Am 29. Mai abhin urtheilte sodann das Bezirksgericht Habsburg in diesem Konkursprozesse dahin, es sei Bern. Ruckli im Konkurse von Gloggner, Hartmann u. Comp. nicht nur bei seiner Forderung von Fr. 10,690. 85, sondern auch bei der dafür beanspruchten Kompensation, namentlich bei der Kompensation gegen den Eigenwechsel von Fr. 6000, verfallen am 1. November 1875, gerichtlich beschützt. Das Obergericht bestätigte dieses Urtheil und dessen Motivirung am 22. September 1877. Die erstinstanzliche Motivirung aber lautet: „Der Kläger Bern. Ruckli schuldete den Wechsel von Fr. 6000 per 1. November 1875 an Gloggner, Hartmann u. Comp. und zwar noch bei der sub 11. Februar 1876 über Letztere gezogenen Aufrechnung. Beklagte (Bank) besaß den Wechsel allerdings seit 2. Oktober 1875 für Fr. 4000 als Faustpfand, ist aber erst den 25. September 1876 an öffentlicher Steigerung Eigenthümerin desselben geworden. Dem Kläger steht das im § 38, Abs. 2, des Konkursgesetzes allgemein und bedingungslos aufgestellte Kompensationsrecht zu, Beklagte dagegen hat das Recht des Pfandbesitzers, welches kein besseres oder ausgedehnteres sein kann, als das des Eigenthümers (der Massa), da Beklagte das Eigenthum an der Steigerung von der Konkursmassa nur mit den Qualitäten erwerben konnte, mit denen der Wechsel in der Massa lag; in concreto mit der Eigenschaft der Kompensabilität; in Aufnahme der Motive der Justizkommission in der Erkanntniß

Digitized by Google

vom 20. April 1876 muß der allgemeine Grundsatz der Kompensation in § 38 des Konkursgesetzes durch § 102 des Wechselgesetzes nicht als aufgehoben erachtet werden, da ersterer die Kompensation im Konkurse unbedingt erlaubt, letzterer bei der Wechselexekution sie verbietet."

Diese Entscheide sind unseres Erachtens falsch.

a. Sie verstoßen gegen den allgemeinen Rechtsgrundsatz: Lex posterior specialis derogat priori generali. Es ist dem Referenten unerfindlich, wie das h. Obergericht dazu kommen kann, anzunehmen, der § 102 des Wechselgesetzes von 1861 sei durch das Konkursgesetz vom Jahre 1849 aufgehoben worden. Wollte der Große Rath anno 1860 den § 38, Abs. 2, des Konkursgesetzes für Wechselsachen fortbestehen lassen, so mußte er in § 102 der W.-O. einen Vorbehalt machen. Die gegentheilige Interpretation ist juristisch unhaltbar.

b. Diese Entscheide nehmen dem Wechsel seine Bedeutung. Der Wechsel ist ein reiner Formalkontrakt, losgelöst von jeder causa debendi. Er ist im Papier verkörpert und trägt seinen Werth und Unwerth in sich. Darum kann er durch die ganze Welt zirkuliren, darum bildet er das Zahlungsmittel von Land zu Land. Das ist die ökonomische Funktion des Wechsels, welche rechtlich dadurch geschützt wird, daß der Wechselforderung nur wechselrechtliche Einreden entgegengehalten werden können. Das bezweckt § 102 der W.-O., das bestimmt er so deutlich, als es nur immer geschehen kann. Das Obergericht schiebt den § 102 bei Seite und stößt damit die ganze Bedeutung des Wechsels über den Haufen; es zerstört seinen Kredit, seine Zirkulationsfähigkeit.

c. In den vorliegenden Fällen ist das Obergericht auf diese Weise dazu gekommen, die ausgesprochenste Wechselreiterei, offenbare Scheingeschäfte, zu beschützen. Die Herren Ruckli und Dr. Schobinger stellten an Gloggner, Hartmann u. Comp. Wechsel aus und erhielten dafür Obligationen derselben. Es waren also die Wechsel nur Scheingeschäfte, allein die Bank muß verlieren und Derjenige, der das Scheingeschäft schließt, nicht. Diese Konsequenz hätte zeigen können, wie falsch der Grundsatz ist.

d. Natürlich muß es bei der formalen Bedeutung des Wechsels bezüglich des Ausschlusses der Kompensation gleich sein, ob der Wechsel noch in den Händen des konkursiten Remittenten liegt oder nicht. Es war daher nicht nöthig, auszuführen, daß die Bank bis zum 25. September 1876 den Wechsel von Fr. 6000 nicht eigenthümlich, sondern nur faustpfändlich besessen habe.

Digitized by Google

(Beiläufig bemerkt hat auch die Bank als Indossatarin des Wechsels ihr Verhältniß zu demselben u. s. unrichtig aufgefaßt. Sie war vor dem 25. September 1876, schon seit dem 12. Oktober 1875, Indossatarin, also Eigenthümerin, des Wechsels und brauchte denselben nicht versteigern zu lassen und zu ersteigern.) Denn wenn der § 38, Abs. 2, des Konkursgesetzes auch für Wechsel gilt, so kann die Einrede der Kompensation jedem Indossatar gegenüber gehalten werden, wenn der Remittent dem Wechselschuldner irgend etwas schuldig ist und nun vor Bezahlung des Wechsels in den Konkurs verfällt. Der Wechsel läuft eben nach dieser Ansicht mit der ihm anhaftenden Gegenforderung herum, und es muß hienach gleichgültig sein, ob der Wechsel vor oder nach der Aufrechnung über den Remittenten in die Hand des gegenwärtigen Inhabers gekommen sei. Der § 38, Abs. 2, des Konkursgesetzes gewährt die Kompensation allgemein, also auch in dem Falle, wo der Wechsel schon, ehe dem Remittenten aufgerechnet wurde, durch viele Hände gegangen ist.

2) Legitimation des Wechselinhabers zur Geltendmachung des Wechselanspruchs gegen den Aussteller eines Eigenwechsels mit Quittungsvermerk des letzten Indossatars; Beginn des Verzugszinsenlaufes.

Der erste Indossatar des Remittenten eines Eigenwechsels begehrte unter Vorweis des letztern mit Quittungsvermerk des letzten Indossatars, der Bank in Luzern, vom Wechselaussteller Bezahlung der Wechselsumme nebst Verzugszins vom Verfalltag an; der Beklagte bestritt die Legitimation, berief sich auf die Acquittirung des Wechsels und wollte eventuell keinen Verzugszins schuldig sein, wurde aber letztinstanzlich zur Bezahlung der Wechselsumme mit Verzugszins seit der Zahlungsaufforderung an verfällt. Gründe: Kläger erscheint als zur Empfangnahme der Wechselzahlung berechtigt, indem er der durch eine zusammenhängende Reihe von Indossamenten legitimirte Inhaber ist, da die ausgestrichenen Indossamente nach § 39, Abs. 2, des W.-G. als nicht geschrieben angesehen werden. Die Einrede der Zahlung durch den Beklagten ist nicht erwiesen, indem die Quittirung des letzten Indossatars, der Bank in Luzern, den Zahlungsleister nicht benennt und in einem solchen Falle Derjenige als der Zahlende erscheint, dem der Wechsel ausgehändigt

Digitized by Google

wurde, also vorliegend nicht der Beklagte, sondern der Kläger. In Folge eines erst später und nicht durch den Beklagten auf den Wechsel gesetzten Domizilvermerks ist der Wechsel beim Domiziliaten präsentirt und protestirt worden und nicht beim Beklagten, was bewirkt, daß Letzterer nicht eher Verzugszinsen zu bezahlen hat, als seit der Zahlungsaufforderung des Gerichtspräsidenten; denn bei einem Ordre-Eigenwechsel ohne vom Aussteller vermerkten Domiziliaten kennt der Wechselschuldner ohne Präsentation den Wechselgläubiger nicht und gilt deßwegen der Grundsatz, daß der Verfalltag die Mahnung ersetzt (dies interpellat pro homine), nicht. (O.-G. den 7. Juni 1872.)

3) Die Bezeichniß „Wechsel" oder „lettre de change" in einem Ordre-Billet als Bedingung der Wechselexekution ohne vorgängiges Urtheil.

Auf in Genf und Frankreich ausgestellte «Billets à Ordre» hin wollte gegen den hierortigen Acceptanten Wechselexekution angehoben werden; diese wird aber verweigert, bis ein gerichtliches Urtheil fraglichen Billets Wechselkraft beilegt. Gründe: Das Wechselexekutionsverfahren vor gerichtlichem Urtheil mit Depositionspflicht ꝛc. findet nur Anwendung, wenn der Gläubiger zur Begründung seines Anspruchs einen vom Schuldner unterzeichneten „Wechsel" oder „Anweisung" vorlegt. Vorliegende Urkunden sind nun nach den Bestimmungen des luzernischen W.-G. keine Wechsel, indem den Papieren ein wesentliches Erforderniß (§ 3, Ziff. 2, und § 7 W.-G.), die im Kontexte enthaltene Bezeichnung als Wechsel oder doch, da die Sprache des vorliegenden Papiers die französische ist, der jener Bezeichnung entsprechende Ausdruck «lettre de change» oder «premier de change» mangelt, das Wort „Wechsel" aber oder der entsprechende französische Ausdruck nach der luzernischen W.-O. in Uebereinstimmung mit deren Vorbild, der deutschen, unvertretbar ist und namentlich der Ausdruck „Billet", «traite» oder „Tratte" nicht genügt. Nun richtet sich allerdings gemäß § 94 luzern. W.-G. die Gültigkeit vorliegender Billets als Wechsel, da sie in Genf und Frankreich ausgestellt wurden, nach französischem Wechselrecht und nur das hierorts beigesetzte Accept beurtheilt sich nach luzern. W.-G., so daß, wenn ein solches Papier nach französischem Wechselrecht Wechselkraft hat, das hierortige Accept wechselmäßige Verbindlichkeit erzeugt. Allein ein Nachweis, daß

Digitized by Google

vorliegende Papiere nach dem Rechte des Ausstellungsortes Wechsel seien, liegt nicht vor, und ohne einen solchartigen liquiden Nachweis ist auf Papiere hin, denen nach hierortigem Wechselrecht Eines der wesentlichen Erfordernisse eines Wechsels mangelt, im Falle eines Streites nicht eher wechselrechtliche Exekution zu erlassen, als bis ein gerichtliches Urtheil dem fraglichen Papier Wechselkraft beigelegt hat. (J.-K. den 13. Juni 1872.)

4) Bedeutung des Konkursprozesses für eingegebene bestrittene Wechsel; Beweislast für die Behauptung, die Valuta nicht erhalten zu haben; Bedeutung der Klausel in einem Wechsel: „Werth in Rechnung".

Am Konkurs über einen Käshändler wurde von einem angeblichen Milchlieferanten ein an seine Ordre ausgestellter, von ihm indossirter, aber im Regreßwege wieder eingelöster Eigenwechsel des Konkursiten eingegeben im Betrage von Fr. 600; ein Konkursgläubiger bestritt die Forderung in dem Sinn, der Wechselgläubiger solle sich ausweisen, daß er wirklich am Konkursiten 600 Fr. zu fordern habe, da im Wechsel die Klausel stehe: „Werth in Rechnung"; ein weiterer Ausweis oder eine Abrechnung wurde vom Wechselgläubiger nicht erbracht; dessenungeachtet wurde die Forderung im Konkurse letztinstanzlich beschützt. Gründe: Im Konkurse soll allerdings ein definitiver Rechtszustand begründet werden und deßhalb dürfen immerhin nur solche Wechselforderungen zur Zahlung kommen, deren Begründetheit schließlich und definitiv auszusprechen ist; weßhalb denn auch für im Konkurse angemeldete Wechselforderungen nicht im Wechselprozeß, welcher nicht zu einer definitiven Entscheidung, sondern nur zu einer vorläufigen mit Vorbehalt eines Separatverfahrens im ordentlichen Wege führt, als mit dem Zwecke des Konkurses unverträglich, prozessirt werden darf. Allein auf der andern Seite ist zu beachten, daß der materielle Wechselanspruch nicht im Mindesten dadurch alterirt wird, daß im Konkursprozeß die Prozedurform sich ändert und an die Stelle des Wechselprozesses das ordentliche Verfahren des Konkursprozesses tritt, welches zugleich das im Wechselprozeß vorzubehaltende Separatverfahren in sich aufnimmt (s. auch Entscheid des deutschen Oberhandelsgerichts, S. 268). Es sind deßhalb auch bei bestrittenen Wechselforderungen im Konkursprozesse alle diejenigen Einreden des Wechselschuldners zu prüfen, welche mit

Digitized by Google

Rücksicht auf die summarische und provisorische Natur des Wechselprozesses in letzterm ausgeschlossen sind; dagegen sind allerdings diejenigen Einreden unzulässig, welche die materielle Natur des Wechselanspruches ändern würden. Zu den erstern, also im Konkursprozeß zulässigen Einreden gehört die vorliegend erhobene der nicht erhaltenen Valuta, insofern sie dem Beklagten direkte gegen den Kläger zusteht. Wenn sich nun die beklagte Partei zur Substantiirung ihrer Einrede auf den im vorliegenden Eigenwechsel enthaltenen Valutavermerk: „Werth in Rechnung" beruft, so ist es zwar richtig, daß dieser Vermerk keinen Beweis dafür leistet, daß der Wechselgeber vom Wechselnehmer die Valuta empfangen habe; aber eben so wenig geht daraus das Gegentheil hervor, daß nämlich bei Ausstellung des Wechsels die Valuta kreditirt worden sei und demnach erst später noch habe geleistet werden sollen. Vielmehr drücken die Worte: „Werth in Rechnung" lediglich aus, daß in dem zwischen den Kontrahenten bestehenden Kontokurrent der Werth des Wechsels vom Wechselnehmer dem Wechselgeber gutzuschreiben sei, und passen daher ebensowohl für den Fall, wo der Wechselgeber zur Zeit der Ausstellung des Wechsels dem Wechselnehmer aus früherem Verkehr eine dem Wechselbetrage mindestens gleichkommende Summe schuldete und daher durch die Gutschrift eine Abrechnung an einer Schuld des Wechselgebers eintritt, als auf den andern Fall, wo der Wechselgeber dem Wechselnehmer nichts oder doch weniger als die Wechselsumme schuldet und daher das Gutschreiben der Valuta ein Kreditiren derselben oder doch eines Theils enthält. (Treischke, Wechselencyclopädie s. v. Valuta § 4, Thöl's Wechselrecht, 2. Aufl., S. 183 u. 184.) Wenn es sich nun frägt, welcher Partei unter diesen Umständen der *Beweis* hinsichtlich der Frage obliege, ob der Wechselgeber die Valuta bereits durch Verrechnung einer frühern Schuld empfangen oder ob er sie noch zu fordern habe, so ist nicht zu bezweifeln, daß, da die luzern. W.-O. in Uebereinstimmung mit der deutschen einen Valutavermerk überhaupt nicht verlangt, nach den immerhin zur Anwendung kommenden *materiellen* Grundsätzen des Wechselrechts zum *Klagefundament* nichts Anderes gehört, als die Thatsache, daß der Wechselnehmer den indossirten, aber noch unbezahlten Wechsel eingelöst hat und die Aufnahme eines Valutavermerks, der seiner Bedeutung nach über die Rechtsverhältnisse zwischen Wechselgeber und Wechselnehmer gar keinen Aufschluß gibt, den Wechselgläubiger nicht in eine ungünstigere Stellung versetzen kann, als die gänzliche Weglassung eines Valutavermerks. Daher muß der Wechselschuldner, wenn er be-

Digitized by Google

hauptet, trotz dem formell aus dem Wechsel zu Recht bestehenden Anspruch des Wechselnehmers definitiv nichts oder nicht so viel zu schulden, den Beweis leisten, daß der Abschluß der gegenseitigen Rechnungsverhältnisse kein dem Betrage des Wechsels gleichkommendes Guthaben des Wechselnehmers ergebe. (O.-G. den 10. Juli 1872.)

5) Die vorgeschützte, auf dem Wechsel nicht nachgetragene Verlängerung der Verfallzeit ist im Exekutionsverfahren nicht zu berücksichtigen.

Ein Wechselschuldner erwirkte vom Gerichtspräsidenten Sistirung des für einen unbestrittenen Wechsel gelegten Aufrechnungsbegehrens, bis der Richter über die Richtigkeit der vom Schuldner erhobenen Einrede, der Wechsel sei mündlich prolongirt worden, entschieden habe. Die Justizkommission hob die Sistirung auf und erkannte das Aufrechnungsbegehren zu Kräften, erwägend, daß der Wechsel ein formeller Akt ist, die behauptete Prolongation bei dem Widerspruche des Gläubigers nur dann als vorhanden angenommen werden könnte, wenn sie dem Wechsel schriftlich nachgetragen wäre. (15. Febr. 1876.)

6) Unzulässige Exekution des auf eine Firma lautenden Wechsels gegen den Gesellschafter.

Ein Wechsel lautete auf die Firma T. u. A. Er wurde bei Verfall nicht bezahlt und es erwirkte der Gläubiger sodann Wechselexekution gegen den Gesellschafter T. und legte diesem hierauf das Aufrechnungsbegehren, nachdem T. die Wechselexekution nicht bestritten hatte. T. verlangte Aufhebung des Aufrechnungsbegehrens und erwirkte sie und zwar gestützt darauf, daß bei der formellen Natur des Wechsels in erster Linie die Exekution sich gegen die unterzeichnete Firma richten müsse. Da dieses nicht geschehen, so sei die auf T. allein erwirkte Wechselexekution von Anfang an nichtig und es könne dem T. daher nicht schaden, wenn er es auch unterlassen habe, gegen diese nichtige Exekution Einwendungen zu erheben. (Justizkommission, den 16. Febr. 1874.)

Digitized by Google

Literarische Anzeigen.

Das rheinisch-französische Privilegien- und Hypothekenrecht, von Dr. Ernst Sigismund Puchelt, Reichsoberhandelsgerichtsrath. Zwei Abtheilungen mit 366 und 275 Seiten. Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1876.

Als Bestandtheil eines größern Werkes über das „Deutsche Hypothekenrecht nach den Landesgesetzen der größern deutschen Staaten" ist von dem unermüdlich thätigen Puchelt, dessen frühere Werke in dieser Zeitschrift mehrfach erwähnt sind, unter Mitwirkung anderer hervorragender Richter und Advokaten die vorliegende Bearbeitung des französischen Pfandrechts erschienen. Der Herausgeber wiederholt in der Vorrede die bekannte Klage, daß kein Theil des französischen bürgerlichen Gesetzbuches so wenig gelungen ist, wie das Pfandrecht an Immobilien, und daß die Schwierigkeiten, welche durch die Mängel des Gesetzes hervorgerufen wurden, in den 73 Jahren seiner Geltung ein fast unüberwindliches Material der Bearbeitung in Wissenschaft und Praxis erzeugt haben. Die erste Abtheilung behandelt die einschlagenden Rechtsmaterien nach dem Code civil, welcher in Rheinpreußen, Rheinbayern, Rheinhessen, im Großherzogthum Baden und im Reichslande Elsaß-Lothringen noch Gesetzeskraft hat, die zweite Abtheilung sodann die in Frankreich und den genannten deutschen Ländern eingeführten Abänderungen.

Für uns Berner Juristen hat namentlich die erste Abtheilung erheblichen praktischen Werth, da die Grundsätze des Code civil ohne durchgreifende Abänderungen im „Leberberg", wie man ehemals den bernischen Jura nannte, noch in Kraft bestehen. Sehr bemerkenswerth sind indessen die in der zweiten Abtheilung enthaltenen Mittheilungen über „Reformversuche und Vorschläge" aus der preußischen Rheinprovinz. Gegenüber dem (auch bei uns neuestens vorgeschlagenen) Grundbuch mit Real-Eintheilung, wonach jedem Grundstück ein Blatt eingeräumt wird, welches Eigenthümer, Dienstbarkeiten und Pfandrechte angibt, wird von kompetenter Seite eingewendet, daß bei großer Zersplitterung des Grundeigenthums „selbst ein Heer neuer Beamter nicht genügen würde, um die Arbeit zu bewältigen". Eine gleichmäßige Ordnung des Hypothekenwesens für ganz Deutschland wird wegen der Verschiedenheit der Vertheilung des Grundbesitzes für unmöglich gehalten. In Baden finden wir laut pag. 105 ff. neben dem Grund- und Pfandbuch, welche die fort-

Digitized by Google

laufende Eintragung der Urkunden enthalten, das Lagerbuch mit Realfolien. Ueber deren Führung sind genaue Vorschriften aufgestellt, die bei uns noch vielfach fehlen.

Das vorliegende Werk darf sonach sowohl unsern praktischen Juristen, als auch insbesondere unsern Gesetzgebern auf's Wärmste empfohlen werden. Dr A. Zeerleder.

Der Appellations- und Kassationshof des Kts. Bern

hat an die, Beamten der Staatsanwaltschaft, die Amtsgerichte, die Gerichtspräsidenten und Friedensrichter des unter der altbernischen Gesetzgebung stehenden Kantonstheils erlassen folgendes

Kreisschreiben:

Bern, den 10. November 1877.

Tit.!

Das Amtsgericht Bern hat uns mitgetheilt, es komme seit Erlaß des Bundesgesetzes betreffend die Feststellung und Beurkundung des Civilstandes und die Ehe, vom 24. Dezember 1874, oft oft, daß außerehelich schwangere Weibspersonen sich nicht mehr beim Pfarrer melden, sondern lediglich die Geburtsanzeige bei den Civilstandsbeamten machen; daß die Letztern sich durch die Vorschriften der Satz. 178 C. nicht für gebunden erachten und die Geburtsakten unehelicher Kinder nicht an das Amtsgericht einsenden, während hingegen die Kirchenvorstände ihrerseits fortfahren, solche Akten, soweit sie in ihre Hände gelangen, dem Amtsgerichte zuzusenden, wobei dann dieselben oft so unvollständig seien, daß eine Standesbestimmung nicht erfolgen könne. Indem es im Weitern die Ansicht ausspricht, es seien die einschlägigen Bestimmungen unseres Civilgesetzbuches durch das eidg. Civilstandsgesetz insofern modificirt, als das Gericht nur dann den Stand unehelicher Kinder zu bestimmen habe, wenn darüber Streitigkeiten entstehen (Art. 18 l. cid.), ersucht uns das Amtsgericht Bern um Weisung, im Interesse der einheitlichen Erledigung der ganzen Frage.

Ferner ist uns bekannt geworden, daß vielfach die Ansicht verbreitet sei, die Aussöhnungsversuche in Ehesachen können vor Friedensrichtern und Gerichtspräsidenten abgehalten werden.

Digitized by Google

Obschon wir nun weder in der Lage sind, Gesetze authentisch auszulegen, noch uns die Ertheilung verbindlicher Weisungen über Rechtsfragen an die untern Gerichtsinstanzen zusteht, so haben wir es doch, im Einverständniß mit dem Regierungsrathe, für angemessen erachtet, diejenigen Grundsätze, welche wir in vorkommenden Einzelfällen unsern Urtheilen zu Grunde legen würden, Ihnen gegenüber darzulegen.

I.

Der Vaterschaftsprozeß (wie wir kurz das in Satz. 173 bis 202 C. geordnete Verfahren nennen wollen) theilt sich nach bernischem Recht in zwei Stadien, wovon das erste mit der spätestens im siebenten Monat der Schwangerschaft beim Pfarrer oder einem Mitgliede des Kirchgemeinderaths zu erstattenden Schwangerschaftsanzeige beginnt und mit dem Standesbestimmmungsurtheil des Amtsgerichts abschließt (Satz. 173 bis 181), während das zweite die contradiktorischen Verhandlungen vor Amtsgericht umfaßt.

Jene erste Periode hat zwar im Verlaufe der Zeit gewisse Veränderungen erfahren; es sind nämlich:

1) die Funktionen des ehemaligen Chorgerichts an den jetzigen Kirchgemeinderath übergegangen (§ 21 des Gesetzes über Kirchenorganisation vom 18. Januar 1874);
2) ein Anhaltungszwang zum Erscheinen vor dieser Behörde besteht nicht mehr;
3) die Strafbestimmung, welche das Gesetz über den Kindsmord vom 18. Februar 1823 an die Unterlassung der Schwangerschaftsanzeige knüpfte, ist weggefallen, insofern nicht Verheimlichung der Niederkunft konkurrirt;
4) ebenso findet eine Bestrafung des Unzuchtsfehlers, wie sie früher gleichzeitig mit der Standesbestimmung vorgenommen zu werden pflegte, nicht mehr statt.

Allein mit diesen Modifikationen besteht die konsistoriale Voruntersuchung mit ihrem Abschluß, dem Standesbestimmungsurtheil, gesetzlich noch fort.

Eine Unzulässigkeit der ersteren infolge der Aufhebung der geistlichen Gerichtsbarkeit (Art. 58 Bundesverfassung) ist nicht vorhanden, denn unter Gerichtsbarkeit ist das Amt und die Befugniß zu verstehen, vermöge welcher Recht gesprochen wird, d. h. streitige Rechtssachen kraft öffentlicher Autorität entschieden werden. Eine solche Thätigkeit üben aber die Kirchgemeinderäthe nicht aus, wenn sie nach Satz. 163 ff. C. verfahren.

Digitized by Google

Was die Standesbestimmung durch das Amtsgericht betrifft, so ist dieselbe durch das Bundesgesetz vom 24. Dezember 1874 weder aufgehoben, noch ersetzt. Ihre Bedeutung war von jeher nicht die, daß sie den Civilstand unehelicher Kinder zu beurkunden hatte; dieß geschah schon früher durch die (von den Pfarrämtern geführten) Register des Personenstandes (speziell Taufregister); sondern durch sie war, in Ermanglung des in Satz. 167 C. vorgesehenen Begehrens des Vaters, die Verpflichtung der Mutter, eventuell ihrer Heimatgemeinde, zur Erhaltung ihres Kindes definitiv festzustellen und es sollte, wie Schnell sich ausdrückt, der „Grundsatz der Maternität in jedem einzelnen Fall einer außerehelichen Niederkunft von dem Gericht auf das Kind angewendet" werden.

Mag es sich indeß mit der Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit der fraglichen Bestimmung verhalten, wie es will, für die Gerichte muß es genügen, daß sie weder ausdrücklich, noch sonst durch ein widersprechendes neues Gesetz aufgehoben ist.

Uebrigens bildet die Verhandlung vor Amtsgericht anläßlich der Standesbestimmung nicht nur den Anlaß, gegenüber dem geständigen Vater sofort dessen Leistungen festzusetzen, sondern sie bildet nach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung (Satz. 182 C.) eine wesentliche Voraussetzung zur Anstellung der Alimentenklage; sie bestimmt auch den Anfangspunkt der dreimonatlichen Klagefrist.

Auch in Bezug auf den Beweis der Vaterschaft ist das konsistoriale Verfahren von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Die Anzeige der Schwangerschaft und die vor Kirchgemeinderath von der Klägerin gemachten Mittheilungen bilden, wenn sie solche nicht später abändert, wichtige Indizien zu ihren Gunsten, auf welche hin unter günstigen Umständen der Erfüllungseid zuerkannt werden kann, der sonst zu einem unzulässigen Selbsteid würde.

Wir sind daher der Ansicht, daß, so lange in der Gesetzgebung keine Veränderung vorgenommen wird, die bisherigen Vorschriften über den Vaterschaftsprozeß durchaus zu befolgen sind und außerehelich schwangere Weibspersonen die betreffenden Förmlichkeiten zu erfüllen haben, bevor sie mit der Klage gegen den Schwängerer vor Amtsgericht auftreten.

Konsequent mit unsern oben entwickelten Ansichten ziehen wir die in unserm Circular vom 29. Januar 1876 sub. Ziff. I. 1. enthaltene Weisung zurück und braucht von Standesbestimmungsurtheilen dem Civilstandsbeamten nur im Falle der Satz. 167 C. Mittheilung gemacht zu werden.

Digitized by Google

II.

Bis zum Inkrafttreten der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 konnte über die ausschließliche Kompetenz des Kirchgemeinderaths zu Abhaltung des Sühneversuchs in Ehesachen kein Zweifel bestehen, da nach § 21 des Gesetzes über Organisation des Kirchenwesens vom 18. Januar 1874 die Verrichtungen der ehemaligen Sittengerichte in Ehe- und Vaterschaftssachen nach Maßgabe der bürgerlichen Gesetzgebung den Kirchgemeinderäthen übertrug, obgleich dieses nämliche Gesetz bereits die Ordnung der Ehe in einer „von allen kirchlichen und konfessionellen Beziehungen unabhängigen" Weise als Grundsatz aufstellte, vgl. § 115 P.

Unter den Bestimmungen der neuen Bundesverfassung nun sind es die Art. 49 und 58 in fine, welche in Betracht kommen können. Was den Letztern betrifft, so halten wir ihn nicht für anwendbar, weil in der Abhaltung eines Sühneversuchs kein Ausfluß einer Gerichtsbarkeit liegt und übrigens der Kirchgemeinderath nichts spezifisch „Geistliches" an sich hat, zumal nicht mehr, wie früher, der Ortspfarrer von Amtswegen in demselben Sitz und Stimme hat. Auch ist diese Behörde, soweit sie derartige Funktionen vollzieht, nicht von der Kirche, sondern vom Staate abhängig, von dem sie hiezu ihr Mandat empfängt.

Den Art. 49 aber, dessen Alinea 4 vielleicht hieher bezogen werden könnte, hat wenigstens das Bundesgericht bisher niemals in Fällen zur Anwendung gebracht, wo über die Einmischung geistlicher Behörden in Ehescheidungsprozessen Klage geführt wurde, (vgl. Entscheid vom 28. Januar 1875 in Sachen Kaiser u. A. m.).

Es ist daher nach dem gegenwärtigen Zustande der Gesetzgebung der Friedensrichter, bezw. Gerichtspräsident, nicht berechtigt, Aussöhnungsversuche in Ehescheidungssachen abzuhalten und müßten Richter, welche dessen ungeachtet eine derartige Kompetenz sich anmaßen, für die Folgen verantwortlich gemacht werden.

Mit Hochschätzung!

Im Namen des Appellations- und Kassationshofes,

Der Präsident:

Leuenberger.

Der Gerichtsschreiber:

Kohler.

Digitized by Google

Wegen Anwendung einzelner Artikel des Civilstandsgesetzes hat sich auch der Bundesrath veranlaßt gesehen, an sämmtliche eidg. Stände zu richten folgendes

Kreisschreiben:

Getreue, liebe Eidgenossen!

Wiederholt mußte der Bundesrath die Wahrnehmung machen, daß der Art. 41 des Bundesgesetzes betreffend Feststellung und Beurkundung des Civilstandes und die Ehe in den Kantonen verschieden aufgefaßt und angewendet wird, was je nach den vorkommenden Fällen eine gute Führung der Civilstandsakten beeinträchtigen könnte. Deßhalb hält es der Bundesrath für nöthig, hierüber einheitliche Weisungen zu ertheilen.

Der Art. 41 schreibt vor:

„Art. 41. Sofern voreheliche Kinder durch die nachfolgende „Ehe legitimirt werden, so haben die Eltern bei der Trauung „oder spätestens innerhalb dreißig Tagen nach derselben diese „Kinder dem Civilstandsbeamten ihres Wohnortes anzuzeigen.

„Hat jedoch die Eintragung aus irgend einem Grunde nicht „stattgefunden, so kann aus dieser Unterlassung den vorehelichen „Kindern und ihren Nachkommen in ihren Rechten kein Nach„theil erwachsen."

Dieser Artikel steht im Zusammenhang einerseits mit Art. 18, Alinea 1, lautend:

„Veränderungen in den Standesrechten, welche sich nach der „Eintragung in das Geburtsregister ereignen (Feststellung der „Vaterschaft eines außerehelichen Kindes durch gerichtliches Ur„theil, freiwillige Anerkennung, Legitimation, Adoption u. s. w.), „sind auf Antrag eines der Betheiligten als Randbemerkung im „Geburtsregister beizufügen, wenn die Thatsache durch öffentliche „Urkunde ausgewiesen ist."

Und anderseits mit dem Art. 59, wo es heißt:

„Von Amtes wegen oder auf Klage hin sind zu bestrafen:

„1) Personen, welche den in den Artikeln 14, 15, 20 und 41 vorgeschriebenen Anzeigepflichten nicht nachkommen, mit Geldbuße bis auf 100 Franken" u. s. w.

Diese allerdings etwas unklaren Bestimmungen geben in der Vollziehung Anlaß zu Schwierigkeiten, die wir hiemit näher in's Auge fassen.

Digitized by Google

1. Wo ist die Erklärung abzugeben?

Das Gesetz besagt: beim Civilstandsbeamten des Wohnortes der Eltern.

Augenscheinlich ging man dabei von der Voraussetzung aus, die Eltern werden in der Regel am gleichen Orte wohnhaft sein und sich an ihrem Wohnorte verehelichen. Allein diese Regel unterliegt manchen Ausnahmen.

Dessen ungeachtet ist es mit keinem ernsten Nachtheile verbunden, das Gesetz wörtlich zu nehmen. Es wird demzufolge — sei es, daß die Eheleute ihre Trauung nicht an ihrem Wohnorte vornehmen ließen, sei es, daß sie seit ihrer Verehelichung bis zu dem Augenblicke, wo die Erklärung abgegeben wird, ihren Wohnort gewechselt haben, — Sache des Civilstandsbeamten des Wohnortes, an dem sie sich zur Zeit der Erklärung befinden, sein, diese Erklärung entgegenzunehmen und wie oben angegeben zu verfahren.

2. Kann die Erklärung jederzeit abgegeben und entgegengenommen werden?

Diese Frage hat der Bundesrath bereits in mehreren Spezialfällen bejahend entschieden. Der Art. 41, 1. Alinea, legt den Eltern die Pflicht auf, die Anzeige in höchstens 30 Tagen zu bewerkstelligen, und der Art. 59 stellt eine Strafe für die dießfalls Saumseligen auf. Durch das 2. Alinea von Art. 41 werden aber die Rechte der Kinder hinlänglich gewahrt und es muß daher die Erklärung jederzeit entgegengenommen werden können, mit Vorbehalt der Anwendung der erwähnten Strafe.

Hiebei ist ein wesentlicher Unterschied zwischen dem französischen und dem deutschen Texte dieses 2. Alinea zu erwähnen.

Der französische Text sagt: «Si, pour un motif quelconque, « cette déclaration n'a pas été inscrite,» was voraussetzen läßt, daß die Erklärung abgegeben worden sein muß, während es im deutschen Texte heißt: „Hat jedoch die Eintragung nicht stattgefunden," was eher den Fall annehmen läßt, es habe keine Erklärung und daher auch keine Eintragung stattgefunden.

Uebrigens ist der obwaltende Gedanke weder in einem noch im andern Texte hinlänglich deutlich ausgedrückt; gleichwohl hält aber der Bundesrath dafür, es erscheine seine Auslegung für begründet, wenn man den Art. 41, 2. Alinea, mit dem Art 59, Ziffer 1, vergleicht.

Digitized by Google

Er hält demnach seine bereits ertheilte Antwort aufrecht, dahin gehend:

Die Erklärung kann jederzeit abgegeben und entgegengenommen werden; die saumseligen Eltern sind aber, gemäß Art. 59, von Amtes wegen zu belangen.

3) Welche Förmlichkeiten hat der Civilstandsbeamte bei der Eintragung zu beobachten?

Das Gesetz spricht sich hierüber nicht aus. Es ist daher nothwendig, diese Lücke auf dem Wege der Vollziehungsverordnung auszufüllen.

a. Wenn die Erklärung dem Civilstandsbeamten abgegeben wird, welcher die Trauung vollzogen hat, so ist das Einfachste, dieselbe werde am Rande des Eheschein eingetragen und von den Deklaranten unterzeichnet; hievon ist von Amtes wegen Kenntniß zu geben behufs der Eintragung am Rande des oder der Register B, in welchen die Trauung eingeschrieben ist.

b. Wenn der Beamte des Ortes, wo die Eheleute zur Zeit der Erklärung wohnhaft waren, nicht der Beamte ist, der die Trauung vorgenommen hat, so hat er, auf Vorweisung des Eheschein, die von den Eheleuten auf ein fliegendes Blatt geschriebene und von ihnen unterzeichnete Erklärung entgegenzunehmen. Der Beamte bezeugt die Echtheit des Aktenstücks durch seine Unterschrift und übermittelt sie von Amtes wegen dem Beamten, der die Trauung vorgenommen hat, behufs Eintragung am Rande des Aktes im Register A und Aufbewahrung im Archive der Belege zu diesem Register. Dieser letztere Beamte hat sodann die erforderlichen Mittheilungen zu machen für die Eintragung am Rande des oder der Register B, in denen die Ehe selbst eingeschrieben worden ist.

Auf diese Weise wird jede Legitimation durch nachfolgende Ehe zur Einschreibung im Register A, wohin sie gehört, und durch die Mittheilung an das Register B zur Kenntniß der Heimatgemeinden der Eltern gelangen. Selbstverständlich sind allfällige Einsprachen gegen die Gültigkeit solcher Erklärungen durch die Gerichte, gemäß der auf den Fall anwendbaren Prozedur, zu erledigen.

Eintragungen am Rande der Geburtscheine der Kinder sind, wie Art. 18 besagt, auf Antrag eines der Betheiligten und auf Vorweis einer öffentlichen Urkunde vorzunehmen.

Digitized by Google

Als solche hat im Spezialfalle der Auszug aus dem Eheregister A, wodurch die Randeintragung der Legitimation konstatirt wird, zu gelten.

4) Welche Förmlichkeiten sind zu erfüllen, wenn die Eheleute sich im Auslande verheirathet oder sich dort nach ihrer Verheirathung niedergelassen haben?

Der Artikel 54, 5. Alinea, der Bundesverfassung schreibt im Allgemeinen vor, daß „durch die nachfolgende Ehe der Eltern vorehelich geborne Kinder derselben legitimirt werden."

Die Schweizer im Auslande dürfen also auch verlangen, daß die Erklärungen, durch die sie vorehelich geborne Kinder legitimiren wollen, in der Schweiz entgegengenommen und eingeschrieben werden. Dieß bietet jedoch einige Schwierigkeiten. Wie soll in den einzelnen Fällen verfahren werden?

a. Es kann vorkommen, daß weder die Geburt der Kinder (z. B. wenn die Mutter eine Ausländerin ist), noch die Verehelichung in den schweizerischen Civilstandsregistern eingetragen sind. In diesem Falle ist in erster Linie nothwendig, daß der Schweizer, welcher seine Kinder legitimiren will, seinen Eheschein vorweise behufs Eintragung in das Register B seiner Heimatgemeinde (sowie in das Register B der Heimatgemeinde der Mutter, wenn sie eine Schweizerin ist).

Wenn der Eheschein nicht die Anerkennung der vorehelich gebornen Kinder erwähnt, so muß von den Eheleuten verlangt werden, daß die Legitimationserklärung von ihnen vor einem Konsularbeamten oder vor einem andern öffentlichen Beamten (Civilstandsbeamten, Notar u. dgl.), der solchen Erklärungen einen authentischen Charakter ertheilen kann, abgegeben und unterzeichnet werde. Dieser Akt wird dem Civilstandsbeamten des Heimatortes des Vaters übermittelt behufs Vormerkung am Rande gegenüber der Eheeintragung im Register B. Dieser Beamte hat im Weitern die erforderlichen Mittheilungen für die andern Register B zu besorgen.

Die Einschreibung der Geburtscheine der Kinder in das Geburtsregister B kann hierauf stattfinden.

b. Wenn die Trauung in der Schweiz vollzogen oder bereits in das Register B eingetragen worden ist, so hat man nur die oben angedeutete öffentliche Urkunde zu verlangen und sodann wie in ähnlichen Fällen zu verfahren. Ebenso, wenn die Geburten bereits in den schweizerischen Registern figuriren.

Digitized by Google

Selbstverständlich können die im Art. 59 enthaltenen Strafbestimmungen für Erklärungen, die aus dem Auslande herrühren, nicht zur Anwendung kommen.

Uebrigens bleiben die Bestimmungen betreffend Erledigung der Einsprachen, welche gegen die Gültigkeit der elterlichen Erklärung erhoben werden könnten, vorbehalten.

Vorstehende Weisungen werden allen Civilstandsbeamten in vorkommenden Fällen von Nutzen sein. Wir laden Sie daher ein, sie in wirksamer Weise den Letztern zur Kenntniß zu bringen, und benutzen diesen Anlaß, Sie, getreue, liebe Eidgenossen, mit uns in den Schutz des Allmächtigen zu empfehlen.

Stämpflische Buchdruckerei in Bern.

Digitized by Google

Digitized by Google

Zeitschrift

des

Bernischen Juristen-Vereins.

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung der Kantone Bern, Luzern, Aargau und Solothurn.

Band XIII. 3. Heft. 1878.

Uebersicht der Rechtsprechung des Obergerichts und des Appellations- und Cassationshofes des Kantons Bern.

Februar 1877.

9) Actio Pauliana einredeweise und außerhalb des Konkurses geltend gemacht und infolge dessen Vindication gekaufter und übertragener Beweglichkeiten abgewiesen. *)

Baumgartner gegen Wälti.
(9. Februar 1877.)

Den 15. September 1875 verarrestirte Herr Rechtsagent Wälti in Thun für eine Forderung von Fr. 2800 Holz- und Ladenvorräthe des Friedrich Häusermann, Sager in Thun, und begründete sein Begehren um Arrestbestätigung durch folgende Thatsachen:

Häusermann sei Pächter der Säge in Thun, welche ihm, dem Arrestkläger und Herrn Dr. Hänggi gemeinsam angehöre. Er habe nun dem Arrestbeklagten zum Zwecke von zu machenden Holzeinkäufen Vorschüsse von zusammen Fr. 2800 gemacht unter der Bedingung, daß er diese Summe nach dem Reglemente der Spar- und Leihkasse von Thun verzinse und die vorgeschriebenen Provisionen bezahle. Am 3. Herstmonat 1875 habe sich

*) Ueber die Actio Pauliana nach bernischem Recht wird die nächste Nummer eine ausführliche Erörterung bringen.

Digitized by Google

Häusermann beim Arrestkläger gestellt und ihm eröffnet, er sei nicht im Stande, seine Gläubiger zu befriedigen, da er in Betreibung sei und den Geltstag anrufen müsse. Nach einer Besprechung über die daherigen Verhältnisse seien Parteien übereingekommen, daß Häusermann am 5. September ein vollständiges Verzeichniß seiner Schulden anfertigen und solches dem Kläger zustellen solle. Statt dessen habe er dem David Baumgartner den größten Theil seiner Holz- und Ladenvorräthe im Schatzungswerthe von Fr. 4385. 70 verkauft und ihm Forderungen im Betrage von Fr. 4544 zu bezahlen überbunden.

Hieraus ergebe sich, daß der Beklagte Anstalten getroffen habe, sein Vermögen bei Seite zu schaffen und Dritten zuzuwenden. Da er sich ferner im augenscheinlichen Vermögensverfalle befinde, so sei es unmöglich, auf dem ordentlichen Rechtswege Bezahlung zu erhalten. Die Herausnahme des Arrestes sei daher begründet.

Der Käufer des Holzvorrathes trat nun als Intervenient auf und verlangte Anerkennung seines Eigenthumsrechtes an den mit Arrest belegten Laden und Stämmen. Zu Begründung seines Begehrens brachte er an: Aus früherem Geschäftsverkehr sei ihm Häusermann eine Summe von Fr. 1000 schuldig geworden, wofür er schon einen Wechsel ausgestellt habe. Am Verfalltag sei er genöthigt gewesen denselben selbst einzulösen, worauf er durch einen neuen ersetzt worden sei, welchen er der Kantonalbank indossirt habe, wo er noch liege. Ferner sei er, Baumgartner, Bürge des Häusermann geworden für den Pachtzins der Säge, welcher Fr. 2000 per Jahr betrage. Endlich habe er sich auch als Bürge verpflichtet für einen zu Gunsten des Herrn Rebmann ausgestellten Wechsel im Betrage von Fr. 1200.

Als nun der Wechsel auf der Kantonalbank nicht eingelöst und auch der Pachtzins nicht bezahlt worden sei, habe er von Häusermann Sicherheit verlangt, da er sich mit der Zusicherung desselben, alle Gläubiger befriedigen zu wollen, wenn man ihm Zeit lasse, nicht habe begnügen können. Infolge dessen sei nun am 4. September 1875 ein Vertrag zwischen ihm und Häusermann abgeschlossen worden, infolge welches Baumgartner am Platz des Häusermann zu bezahlen übernommen habe:

1. Den zu Gunsten des Baumgartner ausgestellten und auf Ende Oktober bei der Kantonalbank in Bern zahlbaren Eigenwechsel von Betrag . . . . . Fr. 1000. —

Uebertrag Fr. 1000. —

Digitized by Google

Uebertrag	Fr. 1000. —
2. Den von Häusermann zu Gunsten des Hrn. Großrath Rebmann in Erlenbach ausgestellten, von Baumgartner verbürgten und auf 21. November nächstkünftig bei der Kantonalbankfiliale Thun zahlbaren Wechsel von Betrag	„ 1200. —
3. Den von Häusermann den Herren Schegg & Böhlen, Speditoren in Bern, schuldigen und betriebenen Betrag von	„ 344. —
4. Die von Häusermann pro 15. Juni 1875 und 15. Januar 1876 den Eigenthümern der Thunsäge zahlfälligen zwei halbjährlichen Pachtzinse, wofür Baumgartner als Bürge haftet, zusammen mit	„ 2000. —
Summa Schuldenübernahme	Fr. 4544. —

Dagegen trat Häusermann dem Baumgartner Laden- und Trämmelholz ab im Werthe von	Fr. 3300. —	
Cedirte ihm eine Forderung an die Eisenbahnhauptwerkstätte in Olten von	„ 600. —	
Und verrechnete mit Baumgartner einen vom letzteren schuldigen Saglohn von	„ 485. 70	
		„ 4385. 70
Baumgartner hatte somit einen Schuldenüberschuß übernommen von		Fr. 158. 30

Daß er zur Zeit des Vertragsabschlusses von der Forderung der Herren Wälti und Mith. Kenntniß gehabt habe, wurde von Baumgartner verneint und mit Bezug auf die Forderung der Herren Schegg & Böhlen bemerkt, daß für dieselbe das verkaufte Ahornholz gepfändet gewesen sei.

Noch gleichen Tags sei die veräußerte tannene Schnittwaare und die ebenfalls veräußerten Ahornladen, Ahorn- und Lindenstämme, sowie das vorhandene Trämmel- und Bauholz in Anwesenheit von Zeugen von Häusermann an den Intervenienten von Hand zu Hand übergeben und von Letzterem mit seinem Holzstempel D B angeschlagen worden. Die im Kauf-

Digitized by Google

vertrage erwähnten Gegenstände habe er nicht unter ihrem wahren Werthe erworben, da der demselben im Vertrage beigelegte Werth den bei der Arrestnahme angenommenen Schatzungswerth übersteige, und er sei daher, da Wälti nicht besser berechtigter Gläubiger des Häusermann sei, von Letzterem weder betrügerischer Weise begünstigt, noch gesetzwidrig bevorzugt worden. Seither habe er auch von den ihm überbundenen Forderungen über Fr. 2200 bezahlt, nämlich Fr. 1000 an die Eigenthümer der Säge und Fr. 1200 an Rebmann.

Von Seiten des Arrestnehmers wurde namentlich verneint, daß die mit Arrest belegten Laden- und Holzvorräthe rechtsgültig an den Intervenienten veräußert worden seien, überhaupt, daß der fragliche Kaufvertrag rechtsgültig und rechtsverbindlich sei, dagegen wurde von Seiten des Wälti kein Schluß gestellt auf Cassation des Kaufvertrages wegen Benachtheiligung der Gläubiger.

In beiden Instanzen wurde die Eigenthumsklage des Baumgartner abgewiesen, wobei der Appellations- und Cassationshof ausging von folgenden

Motiven:

Daß infolge des Ausbleibens des Appellanten Häusermann nur noch das Vindicationsbegehren des Baumgartner zu beurtheilen ist;

daß dieser zur Unterstützung desselben sich auf eine Abtretung der später mit Arrest belegten Sachen beruft;

daß nun allerdings eine solche Abtretung am 4. September 1875 erfolgte, während die Arrestnahme erst am 15. gleichen Monats geschah;

daß aber, abgesehen von der weitern Frage, ob die Uebergabe den Anforderungen der S. 431 C. entspricht, die stattgefundene Beweisführung zum Resultate führt:

a. daß Häusermann im Zeitpunkte der fraglichen Abtretung an Baumgartner zahlungsunfähig war,
b. daß diese Thatsache beiden Contrahenten bekannt war,
c. daß die Abtretung ferner in der Absicht geschah, den Baumgartner vor andern, jedenfalls gleichberechtigten Gläubigern zu befriedigen und
d. daß Häusermann auf diese Weise über sein ganzes Vermögen zum Nachtheil der andern Gläubiger disponirt hat;

Digitized by Google

daß eine solche planmäßige Begünstigung eines einzelnen Gläubigers unter die Bestimmungen des Art. 224 St.-G.-B. fällt und daß jeder andere benachtheiligte Gläubiger berechtigt ist, einen derartigen Vertrag als nichtig anzufechten (§ 503 V.-V. und 228 St.-G.-B.);

daß unter solchen Umständen das Vindicationsbegehren des Baumgartner zu verwerfen ist.

März 1877.

10) Vindication von Ducatenstücken, die sich noch unvermischt in der Casse des Geltstagers vorfanden.

Masse Neuhaus gegen G. Veillard & Comp.

(1. März 1877.)

Durch Schreiben vom 10. November 1875 anerboten die Herren G. Veillard & Comp. dem Bankier Neuhaus in Biel Goldducaten zum Preise von Fr. 11. 90. Die Offerte wurde angenommen und infolge dessen 175 Ducaten an Neuhaus übersandt unter Belastung desselben für Fr. 2082. 50. Das Paket langte den 15. November in Biel an und wurde in Abwesenheit des Neuhaus von dessen Angestellten in Empfang genommen. Den folgenden Tag rief Neuhaus den Geltstag an und da sich die 175 Ducaten noch in dem ursprünglichen Paket vorfanden, so wurden sie zur Masse gezogen und sodann von den Herren G. Veillard & Comp. vindicirt.

Die Streitsache wurde mit Umgehung des Amtsgerichtes direkt dem Appellations- und Cassationshof vorgelegt und von demselben zu Gunsten der Masse beurtheilt. Die Vindicationsklage der Herren Veillard wurde abgewiesen unter Annahme folgender

Motive:

Daß zwischen den Klägern und P. A. Neuhaus, damals Bankier in Biel, auf dem Wege der Correspondenz am 10. und 13. November 1875 ein Kaufsgeschäft zu Stande kam, infolge dessen Erstere dem Letzteren 175 Ducaten per Post übermittelten und ihm dieselben zu Fr. 11. 90 per Stück oder Fr. 2082. 50 für den Gesammtbetrag fakturirten;

Digitized by Google

daß fragliche Geldsendung am 15. gleichen Monats durch einen Angestellten des Käufers auf dem Postbüreau Biel in Empfang genommen und in die Geschäftskasse desselben niedergelegt wurde;

daß die Geltstagsanrufung Seitens des Neuhaus erst Tags nachher, am 16. November 1875, erfolgte und die betreffende Ducatensendung bei der am 17. gleichen Monats vorgenommenen gerichtlichen Inventarisation in der Kasse des Geltstagers sich vorfand;

daß aus allen diesen thatsächlichen Momenten hervorgeht, daß das Eigenthum an den vindizirten Ducaten an Neuhaus vor der Erkennung des Geltstages im Sinne der Satz. 433 C. übergegangen ist;

daß nun zwar ab Seite der Vindicanten geltend gemacht wird, das Kaufsgeschäft sei verabredet gewesen „Zug um Zug" und Neuhaus habe sich nicht als Eigenthümer der Ducaten betrachten können, bevor er den Kaufpreis, d. h. den Betrag der Anweisung bezahlt habe;

daß jedoch dieser Behauptung schon die Thatsache entgegensteht, daß Seitens des Klägers das Kaufsojekt vorbehaltlos geleistet wurde;

daß aber auch nach dem Inhalte der Faktur die Kläger dem Käufer um den Betrag des Kaufpreises von Fr. 2082. 50 belasteten, wogegen sie ihn anwiesen, für ihre Rechnung der Kantonalbankfiliale Biel zu Handen derjenigen von St. Immer eine Summe von Fr. 2400 auszubezahlen, Umstände, aus denen gefolgert werden muß, daß zwischen den Contrahenten ein Conto-Corrent-Verhältniß bestanden hat und die im Weiteren die Annahme eines Kaufes „Zug um Zug" geradezu ausschließen.

11) Die Forderung eines Gesellschafters auf Herausgabe seines Antheiles am Gesellschaftscapital im Concurse der Gesellschaft kann nicht mit den Forderungen anderer Gläubiger concurriren. Gegen Anweisung im Classifications und Vertheilungsentwurf ist daher Einspruch begründet.

Anna Maria Röthlisberger gegen J. Affolter.
(2. März 1877.)

Die Herren Probst, Wyß & Röthlisberger erneuerten den 17. November 1854 ihren Gesellschaftsvertrag auf 6 Jahre,

Digitized by Google

vom 31. August an gerechnet, und nahmen in denselben folgende Bestimmung auf:

7. Sollte wegen Todesfall oder anderen Umständen der Antheil eines der Mitglieder am Handelscapital festgestellt werden müssen, so ist dazu der nächste diesem Falle folgende Inventariums-Abschluß maßgebend.

8. Von diesem Abschlußtag an ist ein verstorbenes Mitglied oder dessen Erben von der Handlung ausgeschlossen.

9. Der Kapitalantheil eines allfällig verstorbenen Mitgliedes muß auf vorangegangene viermonatliche Kündigung hin herausbezahlt werden. In dem Falle aber, wo die dannzumaligen Inhaber der Handlung für dieses Capital einen gesetzlichen Titel ausstellen und annehmbare Sicherheit leisten, soll die Erbschaft nur befugt sein, alljährlich gegen dreimonatliche Kündigung ein Viertheil davon zu erheben, gleichviel ob dadurch die endliche Hinausbezahlung auch über die Dauer des gegenwärtigen Vertrages hinausgetragen werde. Läßt die Erbschaft das ganze Capital die vollen vier Jahre nach einem allfälligen Todesfall stehen, so ist sie nach Verfluß derselben zur ganzen oder theilweisen Aufkündung ihres Guthabens berechtigt 2c.

Gegen Ende der Vertragszeit kam zwischen den Parteien am 21. August 1860 ein neuer Vertrag zu Stande folgenden Inhaltes:

Wir Unterzeichneten, in Betracht, daß unser Handelsgesellschaftsvertrag, datirt vom 17. November 1854, mit dem 31. des laufenden Monats erlischt, und wir es bei dem gegenwärtigen Gesundheitszustande unseres Associé Johann Röthlisberger nicht für zweckmäßig erachten, denselben in seinen bisherigen Stipulationen zu erneuern, jedoch den Fortbestand unserer Handlung in unveränderter Firma allseitig wünschen und zu sichern gewillt sind, vereinbaren und beschließen nach reiflicher Erwägung der Umstände was folgt:

1. Johannes Röthlisberger verfügt und verordnet hiemit auf seinen Todesfall:

a. Meine bisherigen Associé's Probst & Wyß sind vom 1. September a. c. an zu Fortführung der Firma Probst, Wyß & Röthlisberger für die nächstfolgenden drei Jahre berechtigt;

b. für die gleiche Dauer hat eine zeitherige Capitaleinlage nach wie vor unverändert und gegen Verzinsung zu vier Procent jährlich im Geschäft obiger Firma zu verbleiben und

Digitized by Google

c. wenn die Nothwendigkeit der Liquidation der Handelsfirma Probst, Wyß & Röthlisberger nach Ablauf obiger drei Jahre früher oder später eintritt, so besorgen die Associé's Probst & Wyß dieselbe gemeinschaftlich mit meiner Wittwe unter ausdrücklicher Fernhaltung und Ausschluß jeder Behörden.

2. In der Voraussetzung der strickten Erfüllung obiger Verfügungen des Joh. Röthslisberger versprechen und verpflichten sich Friedrich Probst und Ludwig Wyß als Inhaber der Firma Probst, Wyß & Röthlisberger, seine Ehefrau Maria Anna, geb. Probst, nebst dem stipulirten Zins vom 1. September 1860 an für die nächstfolgenden drei Jahre folgende Gewinnstantheile genießen zu lassen:

a. Fr. 1000, Eintausend Franken, wenn der jährliche Reingewinn im Geschäft Fr. 6000 beträgt;
b. Fr. 1500, Eintausendfünfhundert Franken, wenn das Jahresinventar einen Gewinn von Fr. 9000 erreicht;
c. Fr. 2000, Zweitausend Franken, bei einem jährlichen Nettogewinn von Fr. 12,000;
d. Fr. 3000, Dreitausend Franken, wenn ein Jahresgewinn auf Fr. 15,000 oder darüber steigt.

Gegenwärtiger Vertrag trittet nur auf den Todesfall des Mitcontrahenten Johannes Röthlisberger in Kraft. Derselbe ist dreifach abgefaßt und von den Contrahenten eigenhändig unterschrieben worden. Den Unterschriften der Parteien ist beigefügt: „Ich ertheile diesem Vertrage meine Zustimmung."

Sig. Maria Anna, geb. Probst.

Röthlisberger starb den 3. September 1860 und sein damaliger Antheil am Gesellschaftsvermögen betrug auf 1. August 1860 Fr. 31,865. 78. Eine Liquidation fand nach drei Jahren nicht statt und es wurde auch der Privatconto des Joh. Röthlisberger für seine Wittwe in den Gesellschaftsbüchern in gleicher Weise fortgeführt, wie es für ihn selbst geschehen war. Im Jahr 1872 wurde über die Firma Probst, Wyß & Röthlisberger der Geltstag erkennt und ausgeführt, wobei die Wittwe Röthlisberger ihr Guthaben von restanzlichen Fr. 12,163 geltend machte und dafür Anweisung erhielt in Classe VI.

Gegen diese Anweisung erhob ein verlustig gewordener Gläubiger Einspruch, weil die Wittwe Röthlisberger nach dem Tode ihres Mannes Gesellschafterin geblieben sei, sei es offene oder stille durch Ueberlassung eines Commanditcapitales.

Digitized by Google

In thatsächlicher Beziehung wurden die Behauptungen des Einspruchsklägers von der Wittwe Röthlisberger nicht bestritten, dagegen die Richtigkeit der gezogenen Consequenzen in Abrede gestellt. Die dem Vertrage beigefügte Genehmigung sei für sie nicht verbindlich, denn sie sei nicht güterrechtlich von ihrem Ehemanne getrennt gewesen und habe sich nicht selbstständig verpflichten können. Ferner habe ihr Ehemann nicht Verfügungen treffen können, wonach seine Erben entweder als offene oder als stille Gesellschafter sich an dem Käsegeschäft der Herren Probst, Wyß & Röthlisberger zu betheiligen genöthigt werden konnten. Nach dem Absterben des Röthlisbergers sei seine Mitgliedschaft erloschen und ein neuer Vertrag, welchem sie mit Zustimmung der Kinder und Vormundschaftsbehörde als Gesellschafterin oder Commanditärin beigetreten wäre, sei nicht geschlossen worden. Ihr Guthaben an die geltstagerische Gesellschaft habe daher den Charakter einer Forderung und nicht denjenigen eines Antheils am Gesellschaftsvermögen.

Der erhobene Einspruch wurde in beiden Instanzen begründet erfunden, und die Wittwe Röthlisberger mit ihrer Forderung von Fr. 12,346. 80 im Geltstage der Firma Probst, Wyß & Röthlisberger abgewiesen, unter Annahme folgender

Motive:

Daß bei Beurtheilung der vorwürfigen Streitfragen zu untersuchen ist, ob die beklagte Wittwe Röthlisberger im Zeitpunkte des Ausbruches des Geltstages der Firma Probst, Wyß & Röthlisberger noch die Eigenschaft eines Mitgliedes dieser Handelsgesellschaft, oder aber diejenige einer Gläubigerin derselben hatte;

daß in den Gesellschaftsverträgen vom 1. April 1844 und 17. November 1854, insbesondere in den letzteren, die Bestimmung aufgenommen war, daß ein Gesellschaftsmitglied, beziehungsweise dessen Erben, durch den Tod desselben aus der Gesellschaft ausgeschlossen und sein Capitalantheil in gewissen Fristen herausbezahlt werde;

daß im Gegensatz hierzu der am 21. August 1860 im Hinblick auf das in naher Aussicht stehende Absterben des Mitgliedes Johann Röthlisberger abgeschlossene neue Vertrag verfügt, daß trotz dieses Todesfalles die Gesellschaft unter der nämlichen Firma auf drei Jahre von dem Todestage hinweg fortbestehen solle, wogegen die Wittwe Röthlisberger nach Ablauf dieser Frist berech-

Digitized by Google

tigt sei, aus der Gesellschaft auszutreten, die Liquidation derselben und die Ausbezahlung ihres Geschäftsantheiles zu verlangen;

daß zwar Seitens der Beklagten die Rechtsverbindlichkeit dieses letztern Vertrages bestritten wird, eines Theils aus dem Grunde, weil sie selbst zu ihrer eigenen Mitwirkung bei dem daherigen Vertrage rechtlich nicht befähigt war, und anderer Seits, weil Johann Röthlisberger nicht über den Zeitpunkt seines Todes hinaus Verfügungen treffen konnte, wonach seine Wittwe die Eigenschaft als Mitgesellschafterin an seiner Stelle fortzuführen hatte;

daß jedoch diese Einwendungen gegen die Rechtsverbindlichkeit des Vertrages als hinfällig erscheinen, indem vorerst die Mitwirkung der Frau Röthlisberger durchaus überflüssig war, folglich ihre Handlungsfähigkeit oder Nichthandlungsfähigkeit in diesem speciellem Falle zu untersuchen dahin gestellt bleiben kann — und sodann sowohl nach dem positiven bernischen Rechte, als nach allgemeinen Grundsätzen des Rechts, der Aufnahme einer Vertrags-bestimmung, wonach eine Gesellschaft über den Tod eines Gesellschafters hinaus fortzudauern habe, nichts entgegensteht;

daß, wie aus den Proceßakten hervorgeht, die Beklagte denn auch wirklich nach dem am 3. September 1860 erfolgten Tode ihres Ehemannes fortgefahren hat, in der Gesellschaft zu verbleiben, und zwar bis zu dem Zeitpunkte der Geltstagserkennung;

daß sie vor Allem aus nicht zu behaupten wagt, daß zu irgend einer Zeit eine Liquidation der Gesellschaft stattgefunden habe;

daß sodann die Buchführung über ihren Geschäftsantheil, mit Ausnahme der Namensveränderung, nach wie vor im Wesentlichen die nämliche war, und aus derselben nur hervorgeht, daß dieser Antheil im Verlaufe der Zeit durch Abrechnung von Verlusten und durch Geldbezüge, welche den jährlichen Zinsertrag überstiegen, verringert wurde;

daß nämlich der Umstand, daß der Beklagten keine Gewinnantheile verrechnet wurden, abgesehen davon, daß derselbe jeweilen nur ein Rechtsverhältniß der Gesellschafter unter sich berührt, im vorliegenden Falle namentlich deßhalb leicht erklärlich ist, weil die Gesellschaft constatirter Maßen einzig im Jahre 1862 einen Gewinn machte, dagegen im vorhergehenden Jahre 1861 einen größern Verlust zu notiren hatte, und von da hinweg überhaupt keine Jahresgewinne mehr verzeichnet sind;

Digitized by Google

daß sich somit die Forderung der Wittwe Röthlisberger, welche dieselbe in dem Geltstage der Firma Probst, Wyß & Röthlisberger geltend gemacht hat, als ihren Antheil an dem Gesellschaftscapitale darstellt, und dieselbe folglich mit den Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht in Concurrenz treten kann.

Bemerkung. Eine Verfügung des Ehemannes, wonach seine Wittwe fortfahren sollte, sich als Gesellschafterin bei einem Geschäfte zu betheiligen, würde weder nach unserem Recht, noch nach allgemeinen Grundsätzen des Rechtes als verpflichtend angesehen werden können. Der Testator kann einem Legatar eine solche Betheiligung als Bedingung stellen und alsdann hängt es von seinem eigenen Entschlusse ab, ob er das Legat mit der Bedingung wolle, oder ob er es vorziehe, der Bedingung wegen auf das Legat zu verzichten. Dagegen kann der Testator Verfügungen treffen über sein Vermögen und einen Theil desselben, auch über die Dauer seines Lebens hinaus, einem bestimmten Zwecke widmen. Dieß geschah hier. Die Wittwe konnte nicht gegen ihren Willen und denjenigen der Mitbetheiligten zur activen Gesellschaftsgenossin gemacht werden, allein der Ehemann konnte bestimmen, daß sein Einschuß nicht sogleich zurückgezogen werden, sondern noch eine Zeitlang Bestandtheil des Gesellschaftsvermögens bleiben und den Gesellschaftszwecken dienen solle; mit anderen Worten, er konnte der Gesellschaft in einer für die Erben bindenden Weise sein Capital auf Gewinn und Verlust überlassen. Dieß geschah in unserem Falle und die Wittwe wurde daher Commanditärin für den Einschluß des Mannes. Nach Ablauf von drei Jahren konnte sie das Verhältniß aufheben und ihr Capital zurückziehen oder als Darlehn belassen, allein sie that weder das eine noch das andere, sondern ließ das Commanditärverhältniß einfach fortdauern, und mußte sich nun die daherigen Folgen auch gefallen lassen. K.

12) Klage wegen kulposer Tödtung. Abweisung, weil eine culpa nicht mit Sicherheit nachgewiesen sei.

Reinmann & Sohn gegen Aare-Fährgesellschaft von Walliswyl.

(8. März 1877.)

Im Jahr 1861 wurde zwischen den Ortschaften Walliswyl-Bipp und Walliswyl-Wangen durch eine zu diesem Zwecke ge-

Digitized by Google

bildete Aktiengesellschaft eine Fähre über die Aare eingerichtet. Für das Unternehmen war schon früher (1851) eine Konzession vom bernischen Regierungsrathe ausgewirkt und mit der Konzession auch ein Staatsbeitrag für die Einrichtung in Aussicht gestellt und später auch ausgerichtet worden; zugleich aber wurde vom Regierungsrath den Polizeibehörden das Recht und die Pflicht vorbehalten, die Fähre sammt erforderlichen Geräthschaften von Zeit zu Zeit zu untersuchen, den Verkehr zu beaufsichtigen und wenn das gemeine Wohl es erfordere, die ertheilte Bewilligung zurückzuziehen.

Die erwähnte Aktiengesellschaft betrieb nun die Fähre in der Weise, daß sie dieselbe verpachtete.

Im Jahr 1874 war Pächter derselben Hans Ulrich Gruner, Zimmermann in Walliswyl-Bipp, welcher sie jedoch meist durch seinen Knecht Johann Gruner besorgen ließ.

Den 24. Mai dieses Jahres, am Pfingstsonntag, wollten sich nun verschiedene Personen, unter ihnen die Ehefrau des Klägers Jakob Reinmann, Sohn, und zwei Knaben des Klägers Jakob Reinmann, Vater, auf dem genannten Fähr von Walliswyl-Wangen nach Walliswyl-Bipp (also vom rechten auf das linke Aarufer) hinübersetzen lassen. (Es ist nicht ermittelt, ob die zwei Knaben des Reinmann eine Taxe für die Fahrt bezahlt haben oder ob sie mit Erlaubniß des Fährknechts oder ohne solche [indem sie selbst gegen dessen Willen sich in's Schiff setzten und dann geduldet wurden] die Fahrt gratis mitmachten. In Betreff der Frau Reinmann wird die Bezahlung der Taxe nicht bezweifelt.) Der Wasserstand war groß; das Schiff wurde von dem erwähnten Knecht Johann Gruner gelenkt, verunglückte und die sämmtlichen Insaßen, 8 Personen sammt Fährmann, ertranken.

Augenzeugen, welche dem Verlauf des Unglücks unmittelbar zugesehen, fehlen, von einem sechsjährigen Kinde abgesehen, von dem jedoch über diesen Punkt keine (mittelbare) Mittheilung aktenkundig ist.

Es läßt sich daher die Art und Weise, wie der Unfall im Einzelnen vor sich ging, nicht sicher und genau feststellen. Zufolge Aussage zweier Zeugen war der obere Rand der einen Wand des unmittelbar nach dem Ereigniß besichtigten Fährschiffes trocken, eine Seitenbank abgerissen und das Schiff halb voll Wasser.

Aus dem gleichen Grunde besteht keine unbezweifelbare Gewißheit, genau an welcher Stelle des Flusses das Unglück ein-

Digitized by Google

getreten ist. Jedoch spricht die größte Wahrscheinlichkeit dafür und wurde allgemein angenommen, daß es in der unmittelbaren Nähe des linken Aarufers geschehen sei, indem ein auf dem rechten Ufer befindlicher Zeuge, in dessen Gesichtskreis freilich die linksufrige Landungsstelle selbst nicht lag, das Schiff unversehrt die Mitte des Flusses passiren sah und auch trotz fortwährender Aufmerksamkeit binnen der Zeit, in welcher die Erreichung des linken Ufers möglich war, keine Anzeichen eines geschehenen Unglücks bemerkte, wozu noch die Dritten gemachte Mittheilung des sechsjährigen Kindes tritt, daß einer der Verunglückten sich am Gebüsch des linken Ufers festzuhalten versucht habe.

Festgestellt ist nun aber (durch Sachverständigenbefinden und übereinstimmende Zeugenaussagen), daß diese Landungsstelle auf dem linken Ufer nicht in gehörigem Zustand war. Das Ufer fällt an dieser Stelle steil in den Fluß und wird vom eigentlichen Strom desselben unmittelbar bestrichen. Infolge dessen konnte, da die nöthigen Schutzbauten fehlten, das Fähr, namentlich bei hohem Wasserstand, nicht so auffahren, daß es auf den Grund zu liegen kam, sondern bloß anfahren.

Die Sachverständigen gaben daher das Befinden ab, daß, wenn die Landung an dieser Stelle nicht erheblicher Gefahr ausgesetzt sein solle, die Fähre von einem kundigen Manne bedient sein müsse.

Die Beweisführung durch Sachverständige fand über folgende Artikel statt:

Art. 27. Das Aarufer senkt sich am Landungsplatz in Walliswyl-Bipp nicht allmälig in schräg liegender Richtung in den Grund der Aare, sondern fällt steil in den Fluß, so daß namentlich bei hohem Wasserstand das Fährschiff nicht auffahren konnte, resp. nicht mit dem Vordertheil auf den Grund zu liegen kam, sondern bloß anfuhr, bloß mit der Spitze das Ufer berührte. Da der eigentliche Strom der Aare auf der Walliswyl-Bipp-Seite das Ufer unmittelbar streift und da weder durch Schutzmauern, noch durch eine buchtförmige Gestaltung der Ländte, überhaupt durch gar keine Sicherheitsbauten der Einwirkung der Strömung auf die Landungsstelle vorgebeugt war, so war das daselbst landende Fährschiff, zumal es nur in einem Punkte das Ufer berührte, der Gefahr ungemein leicht ausgesetzt, bei mächtigem Wogenschwall um- und weggerissen zu werden, und es bedurfte jedenfalls eines ganz kundigen und erfahrenen Fährmannes, um dieser Gefahr zu begegnen.

Digitized by Google

Art. 28. Das Umschlagen des Fährschiffs am Pfingsttage des Jahres 1874 ist höchst wahrscheinlich bei dem Länden auf dem linken Aarufer von Walliswyl-Bipp vorgefallen und entweder der Unerfahrenheit des Fährmannes allein oder in Verbindung mit der Mangelhaftigkeit und Ungeschütztheit der Fähre zuzuschreiben.

Art. 114, ad 81. Wir bestreiten, daß das Schiff auf seiner Fahrt nicht bis an das linke Aarufer vorgerückt und nicht beim Versuch zu landen verunglückt sei.

Art. 117, ad 84. Wird verneint und im Gegentheil behauptet, die Anlagen und Einrichtungen der Fähre seien unzweckmäßig und namentlich bei großem Wasserstand gefährlich. Nicht nur die Landungsstelle ist unpassend, sondern auch das Schiff zu kurz und ohne Ruder, der Fährmann steht während der Fahrt vornen im Schiff, während er hinten im Schiff stehen und ein Ruder dirigiren sollte.

Art. 118. Bei dieser Einrichtnng der Fähre konnte auf dem linken Ufer bei hohem Wasserstande nicht leicht und nicht ohne Gefahr gelandet werden.

Diese Artikel beantworteten die Sachverständigen folgendermaßen:

Ad Art. 27. Der erste Theil dieses Artikels ist richtig. Ebenso richtig, daß die Landungsstelle auf der Wallismyl-Bipp-Seite nicht mit den nöthigen Schutzbauten versehen ist und daselbst die Strömung der Aare unmittelbar das Ufer streift. Als Folge dessen ist die Landung des Fährschiffes immerhin etwas gefährlich, und um nicht erheblicher Gefahr ausgesetzt zu sein, sollte die Fähre von einem kundigen Manne bedient werden. Neben den mangelhaften Uferschutzbauten erhöht auch die unzweckmäßige Einrichtung der Fähre selbst die Gefahr, indem nicht nur das Fährschiff zu klein, sondern auch die Anhängkette zu kurz und nicht vortheilhaft konstituirt ist.

Ad Art. 28. Das Umschlagen des Schiffes am Pfingsttage 1874, wenn wirklich ein solches stattgefunden, was wir nicht konstatiren können, muß nach unserer Ansicht hauptsächlich dem Umstande zugeschrieben werden, daß das Fährschiff, wie bereits oben gesagt, zu klein ist, im Weiteren dann aber auch der unkundigen Leitung desselben durch den Fährmann.

Ad Art. 114. Es ist nicht zu bestimmen, wo das Umwerfen des Schiffes Statt gehabt, hingegen liegt die Wahrschein-

Digitized by Google

lichkeit dafür vor, solches habe beim Anfahren am linken Ufer stattgefunden, wo die stärkste Strömung des Flusses ist.

Ad Art. 117. Wird unter Hinweisung auf das zu Art. 27 Gesagte bejaht.

Ad Art. 117. An der bestehenden Landungsstelle am linken Aarufer kann nur dann ohne Gefahr gelandet werden, wenn das Schiff die gehörige Länge und Breite hat, und von einem kundigen Manne bedient wird.

Ob nun aber dem Leiter der Fähre am 24. Mai 1874, dem Knecht Johann Gruner, diese Eigenschaft zukam oder nicht, das ist nicht außer Zweifel. Es liegen darüber widersprechende Depositionen vor. Eine ganze Reihe von Zeugen und darunter auch solche, welche mit dieser Beschäftigung vertraut waren, geben sowohl dem Pächter der Fähre, Hans Ulrich Gruner, wie dem Knechte Johann Gruner das Zeugniß, daß sie das Fähren verstanden und in aller Ordnung besorgt haben.

Dagegen sprechen Andre, und darunter auch Männer vom Beruf, sowohl dem Pächter als besonders seinem Knecht die Kunde des Fährens ganz entschieden ab; ein Zeuge deponirt, daß der Knecht Johann Gruner ihm erklärt habe, er sei nie als Fährmann auf dem Wasser gewesen, er solle daher mit ihm Geduld haben und wenn etwas nicht recht sei, so solle er es ihm sagen. Ein anderer Zeuge verzichtete auf die Benutzung dieser Fähre, weil ihm die Ungeschicklichkeit des Fährmannes gefahrdrohend schien.

Es muß nach Lage der Akten als feststehend betrachtet werden, daß weder der damalige Pächter noch sein Knecht vor dieser Zeit die Leitung derartiger Schiffe, sowie überhaupt von Fahrzeugen, je dauernd und berufsmäßig besorgt haben.

Endlich liegt die übereinstimmende Zeugenaussage vor, daß bei Verpachtung der Fähre durch die Gesellschaft mehr auf die Höhe des offerirten Pachtzinses gesehen wurde, als auf die Fahrtüchtigkeit des Mannes.

Die Streitsache gelangte den 8. März 1877 zur oberinstanzlichen Beurtheilung und wurde zu Gunsten der Beklagten entschieden. Für die Abweisung der Klagsbegehren wurden angenommen folgende

Motive:

Daß die Kläger zu Begründung ihrer Schadenersatzklage nachzuweisen haben, daß ihnen durch den am Pfingsttage 1874

Digitized by Google

stattgehabten Unglücksfall Schaden erwachsen sei und daß dieser letztere, beziehungsweise der Unglücksfall, seinen Grund in einem Verschulden der beklagten Fährgesellschaft habe;

daß die Kläger diesen Beweis unternommen durch den Versuch des Nachweises, daß die Beklagte eine notorisch schlechte Einrichtung der Fähre und die Leitung des Schiffes durch Personen, die einer solchen Aufgabe durchaus nicht gewachsen gewesen, geduldet habe, und daß infolge dieser beiden Mängel das Schiff umgeschlagen habe;

daß es ihnen nun zwar allerdings gelang, die mangelhafte Konstruktion der Fähre, keineswegs aber die Unkenntniß und Untüchtigkeit der mit der Leitung der Fähre betrauten Personen nachzuweisen, indem in letzterer Beziehung die verschiedenen Zeugenaussagen sich allzusehr widersprechen;

daß aber, abgesehen hievon, bezüglich der Ursache des Umschlagens des Fährschiffes die Beweisführung nur zu bloßen Vermuthungen, nie aber zu dem sichern Schlusse berechtigt, daß das Schiff infolge der mangelhaften Einrichtung der Fähre allein, oder in Verbindung mit der Untüchtigkeit des Fahrknechtes umgeschlagen habe;

daß deshalb nicht zu prüfen ist, ob die Mangelhaftigkeit der Fähreinrichtung der Gesellschaft zum Verschulden anzurechnen, ob ihr die Bedienung des Schiffes durch den Fährknecht Gruner und daherige Klagen bekannt gewesen und ob den Klägern in Wahrheit Schaden erwachsen sei.

Bemerkung. Der hier mitgetheilte Fall zeigt deutlich, zu welchen Ungleichheiten und dadurch Ungerechtigkeiten man nothwendig gelangt, wenn mit Bezug auf Haftpflicht von den allgemeinen Grundsätzen abgewichen wird. Die gröbste Fahrläßigkeit der Gesellschaft war hier in einer Weise bewiesen, wie sie unter Umständen nicht vollständiger bewiesen werden konnte, und dessenungeachtet tritt für den Verlust einer erschreckenden Menge von Menschenleben keinerlei Ersatzpflicht ein. Die Beweislast wird voll und ganz auf den Kläger gewälzt. Wenn dagegen einem Fabrikarbeiter eine Verletzung zugefügt wird, so trifft den Beklagten die Beweislast, daß der Schaden einem Zufall oder dem eigenen Verschulden des Verletzten zuzuschreiben sei. Sonderrecht thut niemals gut.

K.

Digitized by Google

13) Verspätete Ablieferung einer Eisenbahn. Schadensersatz. Entgangener Gewinn.

Ritter-Allemand gegen Jura-Bern-Bahn.
(9. März 1877.)

Den 4. April 1873 übergab ein französisches Handelshaus der französischen Südbahn — chemin de fer du midi — 14 Fäßer Wein zur Spedition über Montpellier und Pontarlier nach Biel. Auf dem Frachtbrief der Aufgabestation war das Gewicht der Fässer zu niedrig angegeben und diese Angabe auch in dem neuen in Montpellier ausgestellten Frachtbrief reproducirt worden. Beim schweizerischen Zollamte Verrieres wurde der Gewichtsmanco entdeckt und die daherige Buße und Kosten mit Fr. 351. 76 von der Paris-Lyon-Bahn bezahlt. Wegen der eingretenen Verspätung und Verminderung und des entgangenen Gewinnes verlangte Ritter eine Entschädigung von Fr. 500, wogegen die Gesellschaft sich nur zum Nachlaß eines Drittels der Frachtspesen herbeilassen wollte. Die Entschädigungsforderung wurde von Ritter namentlich dadurch begründet, daß in der Nacht vom 26./27. April 1873 ein bedeutender Frost stattgefunden habe, infolge welches die Weinpreise, namentlich der französischen weißen Weine, ziemlich gestiegen seien, so daß wenn er den Wein zur rechten Zeit erhalten hätte, ihm ein schöner Gewinn gesichert gewesen wäre. Anfangs Mai sei eine zweite Sendung von 24 Fässern an ihn abgegangen und auch hier sei in den Frachtbriefen der Bahn von Montpellier und Pontarlier das Gewicht zu niedrig angegeben worden, weßhalb eine Sequestration vom schweizerischen Zollamte Verrieres angeordnet worden sei. Nach erhaltener Kenntniß habe Kläger sofort Befehl gegeben, die Waare an ihn abgehen zu lassen unter Nachnahme der Buße, des Mehrzolles und der Kosten. — Die daherige Nachnahme habe Fr. 231. 50 betragen. Auch bei dieser zweiten Sendung verlangte Kläger Entschädigung wegen Verspätung. Die ganze Forderung bezifferte sich in folgenden Summen:

a. betreffend die Sendung vom 4. April 1873	Fr.	400. —
b. „ „ „ „ 4. Mai 1873	„	300. —
und für bezahlte Buße	„	231. 50
für sonstigen Schaden, Läufe und Gänge . .	„	50. —
Summa	Fr.	981. 50

Die beklagte Eisenbahn anerkannte die stattgefundene Verspätung und ihre daherige Haftbarkeit, jedoch nicht in dem vom

Digitized by Google

Kläger beanspruchten Maße, sondern bloß innert den von den französischen und schweizerischen Eisenbahntransportordnungen und einschlagenden Gesetzen gezogenen Grenzen. Sie schloß daher auf Abweisung des Klagsbegehrens, wie dasselbe laute, und auf Abweisung des Kostenschlusses, den sie ihrerseits an's Recht setzte, mit dem eventuellen Begehren, es seien die Kosten zu einem angemessenen Theile dem Kläger aufzuerlegen.

Mit Bezug auf die Verspätungen wurde anerkannt, daß bei der ersten Sendung eine solche von 28 Tagen stattgefunden habe, bei der zweiten dagegen gar keine, oder höchstens eine solche von 2 Tagen, woraus ein Schaden nicht entstanden sei. Ueber das Maß der Entschädigung habe eine Einigung nicht stattfinden können, weil die Ansprüche des Adressaten auf Entschädigung für entgangenen Gewinn ungerechtfertigt gewesen seinen.

Das Gericht sprach dem Kläger eine Gesammtentschädigung zu von Fr. 500 incl. die bezahlte Buße, anerkannte aber mit Bezug auf das Maß nur eine Reduction des Frachtbetrages als zulässig an, und verurtheilte die Beklagte zu Bezahlung sämmtlicher Kosten.

Motive:

Was die mit Frachtbrief vom 4. April 1873 in Courmonterral der französischen Südbahn zum Transport aufgegebene, erste Weinsendung betrifft, so hat Beklagte die Entschädigungspflicht wegen verspäteter Ablieferung anerkannt und zugegeben, daß die irrige Angabe des Weinquantums, welche die Sequestrirung desselben durch die Zollbehörde in Verrieres veranlaßte, von den Bahnen zu vertreten sei.

Da Parteien mithin nur über die Höhe des Schadenersatzes streiten, so ist zu untersuchen, ob die von der Beklagten angerufenen Bestimmungen der Transportreglemente, wonach nur der Ersatz eines Theils, beziehungsweise der ganzen Frachtgebühr verlangt werden kann, für den Kläger verbindlich seien, eventuell, ob Kläger in casu einen höheren Schaden (Fr. 400) nachgewiesen habe. Die Verbindlichkeit der erwähnten Reglementsbestimmung ist nach allgemeinen Grundsätzen des Eisenbahnrechts (vgl. auch Art. 23 des Bundesgesetzes vom 20. März 1875) nicht zu bestreiten und ist dieselbe als eine mit dem Versender, resp. Empfänger behufs Ausmeidung weitläufiger Entschädigungsprocesse verabredete Conventionalstraf-Bestimmung zu betrachten, immerhin unter Vorbehalt des Nachweises eines höhern Schadens, resp. Interesses, ab Seiten des Verletzten.

Digitized by Google

Die Behauptung des Klägers nun, daß infolge eines in der Nacht vom 26./27. April 1873 eingetretenen Frostes ein bedeutender Aufschlag der südfranzösischen Weine stattgefunden habe, von welchem er infolge der verspäteten Ablieferung nicht hätte Nutzen ziehen können, ist als erwiesen nicht zu betrachten, indem der hierüber angerufene Sachverständige zwar einen etwelchen Aufschlag zugiebt, aber beifügt, derselbe habe ebenso, wie die Nachfrage, sich auch noch in der zweiten Hälfte Mai fort-erhalten, weßhalb er die Vergütung der Hälfte der Fracht mit Fr. 160. 95 als eine den Verhältnissen entsprechende Entschädigung betrachtet.

Dieses Gutachten ist dem Urtheil um so mehr zu Grunde zu legen, als die Ueberschreitung der Lieferfrist nach richtiger Berechnung und auf Grundlage des Befindens Wysard etwas weniger als das Doppelte derselben beträgt.

In Betreff der zweiten Sendung (Abgang von Montpellier den 4. Mai, Ablieferung den 19./20. Mai) liegt eine Ueberschreitung der Lieferfrist um wenige Tage vor, so daß von einem erheblichen Schaden überhaupt nicht die Rede sein kann und der Ersatz eines Dritttheils der Fracht, wie nach den französischen Transportreglementen (laut Expertenbericht) vorgesehen, als entsprechend erscheint. Derselbe beträgt Fr. 76. 55.

Hiezu kommt aber noch:

a. die von Beklagter im Lauf des Processes anerkannte Rückvergütungspflicht bezüglich der vom Kläger bezahlten Zolldefraudationsbuße und übrigen Auslagen mit Fr. 231. 50;

b. eine Entschädigung für die dem Kläger verursachten Bemühungen und Zeitverluste vor dem Proceß, welche das Gericht nach billigem Ermessen festsetzt auf Fr. 31.

Die Gesammtsumme der dem Kläger gebührenden Entschädigung beträgt mithin Fr. 500, wozu nach § 137 P. noch der Zins zu fünf vom Hundert seit Mittheilung der Klage gehört.

Bemerkung. Die Beklagte hatte anerkannt und anerboten: Bezahlung der Buße ꝛc. mit Fr. 231. 50 und Nachlaß eines Dritttheils der Fracht der ersten Sendung mit Fr. 107. 30 = Summa . . . . . Fr. 338. 80
Sie wurde schließlich verurtheilt zu einem *Plus* von „ 160. 20

Ausmachend die Entschädigung von Fr. 500. —

Digitized by Google

Der Kläger hatte neben der Rückvergütung der Buße von Fr. 231. 50 eine Entschädigung gefordert von . Fr. 750. —
Davon wurden anerkannt . . . . . „ 278. 50

Somit wurde Kläger abgewiesen für Fr. 471. 50

Daß dessenungeachtet die Beklagte verurtheilt wurde, dem Kläger die Kosten mit Fr. 671. 40 zu bezahlen, kann nicht gebilligt werden. K.

14) In einem Vindikationsstreit ist kein Beweisentscheid auszufällen und ist die Bestimmung des Art. 342 P., wonach sofortige Appellation über Entscheide in Vor- und Zwischenfragen stattzufinden hat, auch anwendbar auf Zwischenbescheide in Vindikationsstreitigkeiten. Das Forum wird daher wegen verspäteter Appellation verschlossen.

Moll, Unterweibel gegen Villars, Bauunternehmer.
(10. März 1877.)

Motive:

Die vorliegende Streitigkeit ist ein Vindikationsproceß und soll nach § 504 V.-V. in mündlicher Parteiverhandlung (§§ 504 und 406 ib.) durchgeführt und in der Regel im ersten Termin, resp. möglichst rasch erledigt werden. Ein eigentlicher Beweisentscheid hätte demgemäß gar nicht ausgefällt werden sollen, sondern der Richter hatte, falls ihm einzelne erhebliche Thatsachen trotz der vorgelegten Urkunden noch zweifelhaft erschienen, von sich aus ohne Weiteres das sachgemäße Verfahren einzuleiten (§ 406 vgl. 143 P.).

In jedem Falle und obschon das Gesetz in § 342 P. nur für die Haupturtheile über Vor- und Zwischenfragen die sofortige Appellationserklärung vorschreibt, muß letztere Bestimmung a fortiori auch für bloße Zwischenbescheide in derartigen Streitigkeiten gelten, da ein möglichst rasches, in kurzen Fristen sich bewegendes Verfahren bezweckt wird. Demnach bezieht sich § 175 P., wo die zehntägige Frist vorgesehen ist, nur auf das ordentliche Verfahren, nicht auf den summarischen und Incidentalproceß (vgl. Urtheil vom 4. August 1860, Zeitschrift für vaterl. Recht n. F., Band 2, pag. 102.

Digitized by Google

15) Aufhebung einer Erbpacht wegen Nichtbezahlung von Pachtzinsen, Loskaufsrecht. Fristliche Einrede wegen nicht erfolgter Edition einer im Staatsarchiv liegenden Urkunde.

Burgergemeinde Bannwyl gegen Zurlinden.
(15. März 1877.)

Im Jahre 1718 erhielt die Gemeinde Bannwyl die obrigkeitliche Concession, ein Stück Allmendland einzuschlagen, in Aecker abzutheilen und an Burger von Bannwyl erblehenweise gegen einen jährlichen Zins hinzuleihen. Die Concession enthielt über die Verpachtung folgende nähere Bestimmungen:

a. Die Hinleihung soll so lange dauern, bis der Mannsstamm (des Pächters) abstirbt.

b. Wenn aber der Eint oder Andere den jährlichen Zins nicht erlegte und das auf bestimmte Zeit, so soll eine Ehrsame Gemeinde befugt sein, auch Macht und Gewalt haben, dieselben Aecker wiederum zu ihren Handen zu nehmen.

Ein derartiges Stück Ackerland gelangte durch Erbfolge auch an den beklagten Zurlinden, und es war für dasselbe ein Pachtzins von Fr. 14. 29 und ein Bodenzins von Rp. 74 zu bezahlen. Wegen Nichtbezahlung des Pachtzinses wurde dem Zurlinden auf Weihnachten 1874 die Erbpacht gekündigt, wogegen derselbe das Recht darschlug. In seiner Hauptvertheidigung erhob Zurlinden vorerst eine fristliche Einrede, weil die Klägerin die im Staatsarchive liegende Concession von 1718 als Beweismittel angerufen, ihre Edition aber nicht zu erlangen vermocht hatte.

Einläßlich machte der Beklagte geltend, die erblehenrechtlichen Bestimmungen der Concession und die damalige Gerichtssatzung seien durch spätere Gesetzesbestimmungen aufgehoben worden und es seien die Besitzer der Erblehenäcker nicht etwa bloße Pächter, sondern Eigenthümer geworden, oder wenigstens stehe ihnen das Recht zum Loskaufe zu, während die Klägerin nur ein Forderungsrecht habe. Die Erblehenconcession bestimme nun keine Zeit, auf welche oder innert welcher die jeweilgen Pachtzinsen zu bezahlen seien, und es seien denn auch dieseben je nach den Geldbedürfnissen oder Bequemlichkeit vom betreffenden Cassier bald früher, bald später bezogen und eingefordert worden, oft auch für mehrere Jahre zusammen. Ein Aufkündungsrecht könne der Ge-

Digitized by Google

meinde nicht zustehen, denn er, der Beklagte, habe die Zinsen für 1872 und 1873 bezahlen wollen, allein die Annahme sei verweigert worden.

Die Streitsache gelangte mit Umgehung des Amtsgerichtes vor den Appellations- und Cassationshof. Derselbe verwarf zuerst die erhobene fristliche Einrede des Beklagten.

Motive:

Daß die Klägerin als Beweismittel ad Art. 1 ihrer Klage eine im Staatsarchiv befindliche Urkunde (Concession vom Jahre 1718) bezeichnet und deren Edition verlangt hat;

daß aber das vom Richter angeordnete Editionsverfahren erfolglos geblieben ist;

daß es sich somit nicht um eine Urkunde handelt, zu deren Edition die kläger'sche Partei verpflichtet ist (§ 197 und 198 P.), und daß die Nichtproduction derselben nur zur Folge haben kann, daß die betreffende Thatsache als nicht bewiesen anzusehen ist, keineswegs aber den Beklagten zu einer fristlichen Einrede berechtigt.

In der Hauptsache wurde der Gemeinde Bannwyl ihr Rechtsbegehren zugesprochen, der Widerklagsschluß dagegen, „es solle erkennt werden, es stehe dem Beklagten ein Loskaufsrecht bezüglich des fraglichen Erblehenlandes zu", abgewiesen unter Folge der Kosten.

Motive:

Daß sich die Burgergemeinde Bannwyl in Art. 1, 2, 3 ihrer Klage auf eine obrigkeitliche Concession beruft, zufolge welcher ihr im Jahr 1718 gestattet worden, von ihrer „Allment" ein Stück einzuschlagen, in Aecker abzutheilen und an Burger von Bannwyl „erblehensweise" gegen einen jährlichen Zins hinzuleihen;

daß aber trotz aller Nachforschungen eine derartige Urkunde nicht zur Stelle gebracht werden konnte und auch alle hierauf bezüglichen Nachforschungen im Staatsarchiv erfolglos geblieben sind;

daß somit diese vom Bekagten bestrittene Thatsache als nicht bewiesen zu betrachten ist, indem die Eintragung des Inhaltes der angeblichen Urkunde nicht geeignet ist, die Urschrift zu ersetzen (§ 198 P.);

daß zwar die Klägerin und der Beklagte sich auf den Standpunkt einer „erblehensweisen Hinleihung" des ein-

Digitized by Google

geschlagenen Allmentlandes an die Burger von Bannwyl stellen, daß aber diese allgemein gehaltene Bezeichnung zur Begründung von lehenrechtlichen Verhältnissen nicht genügt, indem die wesentlichen Merkmale, wie Lehenbrief und Lehenrevers procedürlichermaßen nicht existiren;

daß die Verleihung von Allmentland nach der Aktenlage und in Berücksichtigung der damaligen Verhältnisse sich lediglich zu einem Burgernutzen in der Form von einer Erbpacht der Burgergemeinde Bannwyl an ihre dazu berechtigten Angehörigen gestaltet, wobei der Erbpächter kein Eigenthumsrecht, sondern die bloße Pachtnutzung hatte mit der weitern Einschränkung, daß in den zwei Verwirkungsfällen das Gut wieder der Burgergemeinde anheimfallen solle, nämlich:

a. wenn der Mannsstamm aussterben sollte, oder
b. der Erbpächter den Zins am Verfalltage nicht entrichten sollte (Stettlers Staats- und Rechtsgeschichte, pag. 145 und Leuenbergers Studien, pag. 287);

daß erwiesenermaßen der Beklagte in der Entrichtung des jeweilen auf Weihnachten fälligen Zinses säumig war und damit die Burgergemeinde berechtigt wurde, das verliehene Land wieder zu ihren Handen zu nehmen;

daß unter solchen Umständen und beim Ausschluß eines lehenrechtlichen Verhältnisses auch der vom Beklagten beantragte Loskauf nicht statthaft ist.

April 1877.

16) Einspruch gegen einen Classifications- und Vertheilungsentwurf. Benutzung eines Credites, welcher einem Associé eröffnet worden ist, durch die Firma, welcher derselbe angehört. Für das Schuldverhältniß ist der Wortlaut des Creditbriefes maßgebend und nicht das thatsächliche Verhältniß, wie es sich aus den Büchern der Parteien ergiebt.

Spar- und Leihcasse Herzogenbuchsee gegen Gläubiger der Firma „Friedrich Weber, Sohn".

(13. April 1877.)

Vide Bd. X, S. 346 fl., Berner Handelsbank gegen Masse Probst, Wyß & Röthlisberger.

Infolge Creditbriefes vom 31. Dezember 1873 ließ sich Niklaus Bögli-Egger, Fabrikant in Langenthal, bei der Spar-

Digitized by Google

und Leihcasse Herzogenbuchsee einen Credit eröffnen, und es lautet seine Erklärung folgendermaßen:

„Auf sein Ansuchen sei ihm von der Spar- und Leihcasse Herzogenbuchsee ein Credit bis zu dem Belaufe von zwanzigtausend Franken bewilligt worden. Infolge dessen anerkenne er diejenigen Summen, welche er, sei es durch Anweisungen oder sonstige Verfügungen von der Spar- und Leihcasse beziehen werde, auf Rechnung des vorgenannten Credites schuldig zu sein und verpflichte sich den daherigen Schuldbetrag mit 5, bei verspäteter Rückzahlung mit 6 Procent zu verzinsen, und nach den Statuten der Anstalt innerhalb sechs Monaten zurückzubezahlen."

Dieser Credit wurde ausschließlich von der Firma „Friedrich Weber, Sohn" benutzt und alle Summen, welche gestützt auf diesen Credit bezogen wurden, flossen dieser Firma zu. Als daher die letztere in Concours fiel, machte die Spar- und Leihcasse von Herzogenbuchsee ihre Forderung in demselben geltend, wurde aber abgewiesen, weil nicht die Firma Friedrich Weber, Sohn, sondern Niklaus Bögli-Egger mit ihr in Vertragsverhältnissen gestanden habe. Hiegegen erhob die Casse Einspruch, wurde jedoch in beiden Instanzen mit ihrem Collocationsbegehren abgewiesen.

Motive:

Daß sich aus dem von Niklaus Bögli-Egger unterm 31. Dezember 1873 zu Gunsten der Einspruchsklägerin, Spar- und Leihcasse Herzogenbuchsee ausgestellten Creditbrief ergiebt, daß Niklaus Bögli-Egger den fraglichen Credit von Fr. 20,000 für sich persönlich von der Spar- und Leihcasse Herzogenbuchsee verlangt und erhalten hat;

daß mithin Niklaus Bögli-Egger einzig und allein in ein Schuldverhältniß zu der Spar- und Leihcasse Herzogenbuchsee getreten ist;

daß zwar nicht bestritten ist, das Niklaus Bögli-Egger den daherigen Credit im Geschäfte der Firma „Friedrich Weber, Sohn", verwendet hat und die Spar- und Leihcasse in den Büchern der Firma Weber als Gläubigerin eingetragen ist;

daß aber der Massaverwalter im Geltstage der Firma Weber mit dem einen Gesellschafter Bögli eine Ausrechnung getroffen hat, in welcher die auf dem Credit des Letztern erhobenen Summen ihm zu Gunsten geschrieben und als Vorschüsse an die Firma betrachtet worden sind;

Digitized by Google

daß die Masse des inzwischen auch in Geltstag gefallenen Bögli im Geltstag der Firma Weber für ihren Rechnungssaldo die Eingabe besorgt hat, theilweise fruchtbar angewiesen und ihre Anweisung unangefochten geblieben ist;

daß aus diesen Thatsachen hervorgeht, daß sich die Firma „Friedrich Weber, Sohn", nicht als Schuldnerin der Spar- und Leihcasse betrachtet hat;

daß überhaupt jeder Nachweis fehlt, daß eine Umänderung in der Person des Creditschuldners stattgefunden hat (Satz. 980 und 984 C.-G.).

17) Eine Obligation, die vom Schuldner für redliche Schulden zu einer Zeit ausgestellt wird, wo er materiell concursfähig war, ist gültig, wenn dabei keine rechtswidrige Absicht obwaltete und auch der Gläubiger keine Kenntniß von der wirklichen Vermögenslage des Schuldners hatte.

Künzli, Imboden und Mith. gegen Brunner & Comp.
(13. April 1877.)

Im Geltstage des Emil Robert Andrist-Geiser wurden die Herren Brunner & Comp. in Bern für eine Obligationsforderung von Fr. 2860. 20 in Classe V fruchtbar angewiesen. Gegen diese Anweisung erfolgte Einspruch von Gläubigern, welche nachgehend angewiesen worden waren, und es machten dieselben namentlich geltend: Die Obligation sei antedatirt worden, denn sie trage das Datum vom 1. März, während sie erst am 26. des nämlichen Monats zu Stande gekommen sei; ferner rühre die Forderung von Waarenlieferungen her und nicht von baar geliehenem Geld, und zur Zeit, als die Ausstellung stattgefunden habe, sei Andrist-Geiser bereits unter seinen Sachen und von verschiedenen Seiten betrieben gewesen; verfallene Wechsel habe er nicht einlösen können. Zudem habe Andrist im Februar 1875 seine eigene Bevogtung verlangt und in dem daherigen Antrag seine mißliche finanzielle Lage dargestellt, zu deren Ordnung er eines Vogtes bedürfe. Der Bevogtungsantrag sei abgelehnt worden, weil die Gemeinde gefunden habe, es sei ihm doch nicht zu helfen. Am 24. März 1875 haben nun die Herren Brunner & Comp. dem Andrist das Concept einer Obligation übersandt mit dem Ersuchen, dasselle eigenhändig auszufertigen und ihnen

Digitized by Google

einzusenden. Der daherige Brief enthalte wörtlich folgenden Passus: „Da es bekannt ist, daß Sie gegenwärtig genirt sind, so machen wir Ihnen den Vorschlag, daß Sie uns für unsere sämmtlichen Forderungen eine Obligation mit 5 % Zins ausstellen, welche nach und nach abzubezahlen ist u. s. w."

Die Herren Brunner & Comp. haben sich von Andrist für ihre Currentforderungen nur deßwegen eine Obligation, wenn auch mit weitgehenden Terminen, ausstellen lassen, um in dem voraussichtlichen Geltstag des Schuldners einen besseren Rang einzunehmen. Es habe ihnen aber bekannt sein müssen, daß es nicht zulässig sei, sich durch Verschaffung neuer, dem Range nach besser berechtigter Titel begünstigen zu lassen, zu einer Zeit, wo dem Schuldner Andrist seine Zahlungsunfähigkeit bekannt gewesen sei.

Den 13. April 1873 habe Andrist den Geltstag angerufen. Die Einspruchsbeklagten schlossen auf Abweisung der gegnerischen Begehren. Daß die Vermögensverhältnisse des Andrist so mißlich seien, haben sie nicht gewußt, vielmehr geglaubt, er werde sich des Geltstages erwehren können. Deßhalb seien sie vollkommen befugt gewesen, sich für ihre reelle Forderung eine Obligation ausstellen zu lassen. Andrist sei seit langem mit den Herren Brunner & Comp. in Geschäftsverbindung gewesen, nnd von ihnen trotz starker Ausstände niemals zur Zahlung gedrängt worden. Auch im Februar habe man keine Absicht gehabt, dieß zu thun und ihm daher zu seiner Erleichterung die Ausstellung einer Obligation vorgeschlagen, was von ihm gerne angenommen worden sei. Die Rechnung sei nun auf Ende Februar abgeschlossen und die Obligation für den Saldo daher auf 1. März datirt worden; trotzdem seien die Beklagten auch später noch bereit gewesen, einem vorgeschlagenen Accommodement beizutreten, und wenn die übrigen Gläubiger ihrem Beispiele gefolgt wären, so hätte der Geltstag vermieden werden können.

In erster Instanz wurde die Einspruchsklage zugesprochen, in oberer dagegen abgewiesen unter Verurtheilung der Kläger zu den Kosten.

Motive:

Daß der Entscheid der vorliegenden Streitfrage vorerst davon abhängt, ob nach der Aktenlage und dem Resultat der Beweisführung angenommen werden muß, es haben die Einspruchsbeklagten von dem Zustande der Zahlungsunfähigkeit

Digitized by Google

ihres Schuldners Andrist-Geiser Kenntniß gehabt; daß diese Frage zu verneinen ist, indem:

a. nicht als nachgewiesen erscheint, daß die Einspruchsbeklagten von den gegen Andrist-Geiser eingeleiteten Betreibungen Kenntniß erhalten haben;

b. ebensowenig aus der geführten Correspondenz hervorgeht, daß Andrist den Einspruchsbeklagten, wie er es gegenüber andern Gläubigern gethan, die einstweilige Einstellung der Zahlungen mitgetheilt hat;

c. in der Größe der Forderung der Beweis liegt, daß Andrist-Geiser bei den Einspruchsbeklagten gut accreditirt war und daß, wenn die Letztern auch annehmen mußten, ihr Schuldner sei in seinen finanziellen Verhältnissen genirt, für sie noch kein Grund zu der Annahme vorlag, daß er sich in zahlungsunfähigem Zustand befinde;

d. die in der Obligation gestatteten Zahlungstermine darauf hinweisen, daß die Einspruchsbeklagten im Glauben gestanden sind, es bedürfe ihr Schuldner nur einige Zahlungsfrist, um seine Verbindlichkeit erfüllen zu können;

daß, einmal angenommen, es sei die hier in Frage liegende Obligation nicht auf widerrechtliche Weise zu Stande gekommen, ihre Antedatirung im Streit mit Currentgläubigern als unwesentlich erscheint;

daß die Antedatirung übrigens auch nicht in der Absicht stattgefunden hat, der Forderung einen bessern Rang zu verschaffen.

18) Verantwortlichkeit eines Advocaten. Auslegung des Concordates zu Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel. Mängel des eidg. Entwurfes.

Levy gegen Seiler.

(13. April 1877.)

Den 1. Mai 1873 kaufte Bernhard Levy von Alt-Präsident Rinderknecht in Langenstein, Kantons Zürich, eine Kuh zum

Digitized by Google

Preise von Fr. 650 und verkaufte dieselbe am nämlichen Tage der Wittwe Glauser zum Schlachten. Beim Ausweiden erzeigte sich ein gesetzlicher Gewährsmangel, worauf Levy auf den Kaufschilling verzichtete und Fleisch und Haut zurücknahm. Er hatte nun am 6. Mai 1873 den Herrn Fürsprech Seiler mit der Wahrung der ihm gegen seinen Verkäufer zustehenden Rechte betraut. Dieser habe dann auch durch den Richter Sachverständige ernennen lassen zu Untersuchung des Thieres und einen Drittmann zu Veräußerung des Fleisches. Der Nettoerlös habe Fr. 304. 40 betragen.

Von da hinweg, behauptete Levy, habe er keine Auskunft mehr über das Schicksal seines Geschäftes erhalten können, weßhalb er am 8. Januar 1874 dem Fürsprech Seiler die Vollmacht gekündet und die Akten zurückgefordert habe. Um sie wirklich zu erhalten, sei er genöthigt gewesen, Beschwerde zu führen und in dem daherigen Beschwerdeurtheil habe der Appellations- und Kassationshof den Fürsprech Seiler für allen Schaden verantwortlich erklärt, welcher erweislichermaßen durch sein Verschulden entstanden sein möge. Hierauf gestützt belangte nun Levy den Fürsprech Seiler auf Schadenersatz und suchte das daherige Begehren folgendermaßen zu begründen:

Das Verschulden des Fürsprech Seiler bestehe zunächst darin, daß er trotz der Annahme der Vollmacht gegen Herrn Rinderknecht bei der Untersuchung des Fleisches des getödteten Thieres und bei Anordnung des Verkaufes stehen geblieben sei. Die Erhebung einer Klage gegen Herrn Rinderknecht sei unterlassen worden und es habe binnen der gesetzlichen Währschaftsfrist nicht einmal die im Konkordat vom 27. Juni 1853 vorgesehene Anbietung stattgefunden; freilich habe nach seiner Note Herr Fürsprech Seiler am 30. Mai 1873, also nach Ablauf der Währschaftszeit, das Geschäft den Herren Trüb & Holder in Zürich übertragen. Wegen Zeitablauf habe indessen die Anbietung nach § 7 des Konkordates nicht mehr erfolgen können, und die Herren Trüb & Holder haben sich daher mit Einleitung der Schuldbetreibung gegen Herrn Rinderknecht begnügt. Das Verfahren sei mittelst Rechtsbott vom 16. Dezember 1873 eingeleitet worden, der Bezogene habe jedoch am 24. des nämlichen Monats unter Bestreitung der Währschaftspflicht Einspruch erhoben. Da er sich in Folge dessen bei seinem Verkäufer nicht erholen könne, so fordere er von Herrn Fürsprech Seiler an Entschädigung:

Digitized by Google

Den vereinbarten Kaufpreis . . .		Fr. 650. —
Nach Abzug des Erlöses des Fleisches .		„ 304. 40
	mit	Fr. 345. 60
Kosten in verschiedenen Posten . .		„ 127. 50
	Summa	Fr. 473. 10

Fürsprech Seiler schloß auf Abweisung des gegnerischen Begehrens, ohne dieselbe schriftlich zu begründen.

Das Entschädigungsbegehren wurde erstinstanzlich verworfen und dieses Urtheil oberinstanzlich bestätigt.

Motive:

Daß Levy sein Entschädigungsbegehren auf das Beschwerdeurtheil des Appellations- und Kassationshofes vom 24. Juni 1874 stützt, nach welchem Seiler für allen Schaden verantwortlich erklärt wurde, welcher erweislichermaßen durch sein Verschulden entstanden sein möge;

daß konstatirt ist, daß die von Levy von Alt-Präsident Rinderknecht in Oberstraß bei Zürich gekaufte Kuh an einem Gewährsmangel gelitten hat, und daß deßhalb das daherige Fleisch nicht alles verkauft werden konnte, sich vielmehr ein ziemlicher Minderwerth erzeigte;

daß Fürsprecher Seiler es unterließ, dem Rinderknecht das getödtete Thier zurückzubieten, wohl aber das Geschäftsbüreau Trüb & Holder in Zürich beauftragt hat, von Rinderknecht den festgestellten Mindererlös einzukassiren; daß dieser aber dagegen Widerspruch erhoben hat;

daß in den Art. 7 und 13 des Konkordates über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel, vom 23. Juni 1853, keine Frist vorgeschrieben ist, innerhalb welcher die Klage angehoben werden muß; auch der Nachweis, daß Klagsverjährung durch das Verschulden des Fürsprecher Seiler im Kanton Zürich eingetreten sei, nicht in gesetzlicher Weise erbracht werden konnte;

daß somit im gegenwärtigen Verfahren nicht erwiesen ist, daß dem Kläger ein Schaden durch das Verschulden des Fürsprecher Seiler entstanden ist.

Anmerkung. In dem ganzen Verfahren ist von Anwälten und Gerichten das Konkordat über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel mißverstanden worden. Dasselbe unterscheidet

Digitized by Google

die beiden Fälle, wenn Pferde oder Rindvieh Gegenstand des Handels und sind gekauft werden, um wieder verkauft zu werden, und wenn Rindvieh zum Schlachten verkauft wird, resp. gekauftes Rindvieh binnen der Gewährszeit geschlachtet wird. Im ersteren Falle ist die Wandelklage zulässig, wenn ein gesetzlich bestimmter Gewährsmangel binnen der Gewährszeit konstatirt wird; im letzteren Falle dagegen die actio quanti minoris, wenn das Thier mit einer Krankheit behaftet erfunden wird, welche den Verkauf des Fleisches ganz oder zum Theil unmöglich macht. Diese Krankheit braucht kein Gewährsmangel zu sein, und bei dem Beweis des Fehlers ist der Kläger nicht an die im Konkordate vorgeschriebenen Formen gebunden. Von einem Anbieten des getödteten Thieres kann keine Rede sein, und es ist kaum begreiflich, wie das Urtheil noch von einem solchen Requisit sprechen konnte. Nur ein lebendes Thier ist zurückzubieten und nur bei einem lebenden kann der Veräußerungsvertrag zur Zurücknahme des Thieres und Rückgabe oder Nachlaß des Preises rückgängig gemacht werden. Bei einem todten kann dagegen von einer Wandlung nicht mehr die Rede sein, sondern nur von einem Minderwerth. Derselbe kann dem Kaufpreis gleichkommen, wenn das Fleisch unverwendbar ist, oder nur einen Theil desselben betragen, wenn eine theilweise Verwendung möglich war.

In unserem Falle wurde das Thier geschlachtet, und es war daher zu konstatiren, ob durch den Fehler, mit welchem das Thier behaftet erfunden wurde, das Fleisch der Art afficirt worden war, daß der Verkauf desselben ganz oder theilweise untersagt werden mußte. Zu einem solchen Verbot sind nur die Fleischinspektoren berechtigt, sie haben daher den Fehler zu konstatiren und keineswegs richterlich ernannte Sachverständige. Diese letzteren als solche könnten auch niemals die Untersagung des Fleischverkaufes bezeugen. So weit es sich daher darum handelt, das Quantum des aus den angegebenen Gründen beseitigten Fleisches zu konstatiren, muß das Zeugniß des Fleischinspektors genügen.

Mit Bezug auf den Werth dieses Fleisches müssen die allgemeinen Beweisregeln gelten, indessen wird das Zeugniß desjenigen Beamten, der den Fleischverkauf zu überwachen hat und ohne dessen Zustimmung kein Fleisch verkauft werden darf, auch hier von dem größten Gewichte sein, und von dem Richter unbedenklich seinem Entscheide zu Grunde gelegt werden dürfen.

Mit Bezug auf die Klagverjährung sagen die Motive, es sei in den Art. 7 und 13 des Konkordates keine Frist vorgeschrieben, innerhalb welcher die Klage angehoben werden müsse;

Digitized by Google

dieß ist ganz richtig, allein daraus folgt nicht, daß eine solche Frist nicht bestehe. Vielmehr entschied in einem Rekursfall der Bundesrath, es enthalte zwar das Konkordat allerdings Vorschriften über die Feststellung des Thatbestandes und die Sicherung der Beweise, nicht aber über die davon verschiedene Materie der Klagverjährung, es stehe somit jedem Kantone frei, diese Frage nach eigenem Ermessen zu ordnen.

Bundesblatt 1864. I. 332. Nr. 48. 1865. II. 641.
Blumer, Bundesstaatsrecht II. 180.

In Folge dessen wurde reskribirt, es laufe das Gesetz des Kantons Waadt, welches eine Frist von 42 Tagen für Anhebung der Währschaftsklagen statuire, dem Konkordate nicht zuwider.

Demgemäß sind auch im Kanton Bern die Fristen nach der kantonalen Gesetzgebung zu beurtheilen. Dieselbe enthält nun die Bestimmung, daß bei nicht hebbaren Mängeln die Klage — Wandelklage — binnen der Nothfrist eines Jahres angebracht werden müsse (S. 712 C.). Dagegen enthält das Gesetz keine solche Beschränkung für die Schadensersatzklage oder die Minderungsklage, weßhalb, so unpassend es auch ist, die allgemeinen Grundsätze über Klagverjährung zur Anwendung kommen. Nach zürcherischem Recht muß eine solche Klage aus Nachwährschaft für thatsächliche Mängel binnen sechs Wochen seit der Entdeckung des Mangels angebracht werden (§ 1426). Diese Frist aber wurde versäumt. Zwar sandte Fürsprech Seiler die Akten zu einer Zeit nach Zürich, wo die Klagerhebung noch rechtzeitig hätte erfolgen können, allein er scheint keine Instruktionen gegeben zu haben, so daß statt sofort den Rechtsweg zu beschreiten, die Bevollmächtigten erst nach Monaten die Betreibung anhoben. Dadurch entstand dem Levy unzweifelhaft ein sehr erheblicher Schaden.

In dem Entwurfe eines eidgenössischen Obligationenrechtes gehört der siebente Abschnitt „besondere Bestimmungen für den Viehhandel" zu denjenigen, welche von der Kommission gründlich verpfuscht worden sind, und sie hat nichts versäumt, um an die Stelle vorgeschlagener vernünftiger Bestimmungen solche zu setzen, welche die entgegengesetzte Bezeichnung verdienen. Bei dem Handel mit Vieh (Hausthiere des Pferdegeschlechtes, Rindvieh, Schafen, Ziegen und Schweinen) wird eine Gewährleistung für thatsächliche Mängel *nur* nach Inhalt der nachfolgenden gesetzlichen Bestimmungen festgesetzt. Obschon aber dieselbe auf bestimmte thatsächliche Mängel beschränkt ist, so werden doch nur für Thiere aus dem Pferdegeschlecht bestimmte, gesetzliche Ge-

Digitized by Google

währsmängel in Art. 284b aufgestellt, nicht aber für die übrigen erwähnten Thiere, obschon dieß in Art. 265 des im Jahr 1875 gedruckten Entwurfes in befriedigender Weise geschehen war. Daraus folgt nun, daß trotz der Bestimmungen des Art. 284a für den Handel mit Rindvieh, Schweinen, Schafen und Ziegen jede Gewährspflicht aufgehoben ist. Solche Thiere können nicht zurückgegeben werden, denn das Gesetz stellt keine Gewährsmängel auf, welche zu einer Wandelklage berechtigten. War dieß die Absicht der Kommission, so würde eine ausdrückliche Aufhebung der Gewährspflicht deutlicher gewesen sein.

In Art. 284p wird dagegen eine Schadensersatzklage auf das Interesse, nicht auf Preisminderung, zugelassen, wenn Rindvieh, Schafe, Ziegen oder Schweine innerhalb einer Frist von 14 Tagen, vom Tage nach der Uebergabe, beziehungsweise nach dem Verzuge in der Empfangnahme gerechnet, geschlachtet worden sind, und es sich nun erzeigt, daß das Fleisch in Folge irgend eines schon zur Zeit der Uebergabe, beziehungsweise des Verzuges in der Empfangnahme vorhandenen Mangels gar nicht oder nur zum Theile oder nur um geringeren Preis verkäuflich sei. So lange also das Thier am Leben ist, kann von einer Klage wegen Gewährsmangel nicht die Rede sein, und für den Fall, daß es geschlachtet wird, bedarf es des Art. 284p nicht zu Begründung einer Schadensersatzklage, denn hiezu genügt es vollkommen, daß in Art. 245 der Verkäufer dem Käufer gegenüber haftbar erklärt wird, sowohl für die zugesicherten Eigenschaften, als auch dafür, daß die Sache nicht solche Mängel habe, welche den Werth oder die Tauglichkeit derselben zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern. Dieser Artikel macht den spätern Art. 284p überflüssig. Man kann daher sagen:

Was man nicht hat, das eben brauchte man,
Und was man hat, kann man nicht brauchen.

Mit Bezug auf die Beweislast wurde im früheren Entwurfe nur bis zum Beweise des Gegentheiles angenommen, daß der Mangel schon bei der Uebergabe vorhanden gewesen sei. Nach dem jetzigen Entwurfe dagegen wird beim Handel mit Pferden jeder Gegenbeweis dahin gehend, „daß ein nach vorstehenden Bestimmungen festgestellter Gewährsmangel erst nach Uebergabe des Thieres entstanden sei, ausgeschlossen, somit præsumtio juris et de jure. Beim Handel mit Rindvieh, Schweinen 2c. muß dagegen der Kläger beweisen, daß der Mangel schon zur Zeit der Uebergabe vorhanden gewesen sei. Weßhalb in dem einen Fall eine Fiktion, im anderen dagegen nicht einmal eine einfache

Digitized by Google

Vermuthung Platz greifen solle, ist so lange nicht zu begreifen, als nicht die gedruckten Motive darüber genügende Auskunft geben. K.

19) Wenn eine unabgetheilte Wittwe bevogtet wird, so fällt das Zustimmungsrecht der Kinder dahin. Der Vogt kann daher mit Autorisation der Vormundschaftsbehörde Capitalien der Wittwe aufkündigen und der Schuldner darf die Bezahlung nicht aus dem Grunde verweigern, weil der mehrjährige Sohn die Einwilligung nicht ertheilt habe.

Elisabeth Fischer, geb. Staub, gegen J. v. Grüningen.
(19. April 1877.)

Motive:

Daß sich Samuel Rolli, als Vogt der Elisabeth Fischer, geb. Staub, durch Vorlage einer förmlichen Autorisation der Vormundschaftsbehörde von Signau vom 1. Mai 1876 zur rechtlichen Eincassirung der streitigen Fr. 1000 schon bei der Verhandlung vor dem Richteramt Bern gehörig legitimirt hat und somit das erste Zwischengesuch des Jakob v. Grüningen als durchaus unbegründet erscheint;

daß zwar von Seiten des unabgetheilten Sohnes der Wittwe Fischer die Einwilligung zur Eincassirung der genannten Fr. 1000 nicht ausgewirkt worden ist;

daß aber die förmliche Bevogtung der Wittwe Fischer und die Ermächtigung des Vogts durch die Vormundschaftsbehörde eine solche Einwilligung der unabgetheilten Kinder unnöthig macht, weil der Art. 6 des Gesetzes vom 27. Mai 1847 offenbar bloß den Zweck hat, das Vermögen der Wittwen ihren Kindern zu sichern und dieser Zweck durch die vormundschaftliche Verwaltung in viel vollkommener Weise erreicht wird (S. 256 ff. C.).

Anmerkung. Im Urtheil wird als Partei aufgeführt Elisabeth Fischer, geb. Staub, handelnd mit Handen ihres Vogtes Samuel Rolli. Diese Parteibezeichnung ist nicht richtig, denn als handelnd tritt der Vogt auf, er vertritt die bevogtete Person und handelt in ihrem Namen. Er ist daher als Partei einzu-

Digitized by Google

schreiben in seiner Eigenschaft als Vogt und nicht die Bevogtete, welche gar nicht handelt, auch nicht mit Handen eines Vogtes.

K.

20) Schadensersatzklage gegen den Staat wegen Handlungen von Behörden setzt Verletzung der Amtspflichten voraus, und daß aus derselben ein Schaden entstanden sei.

Urtheil des Appellations- und Cassationshofes

in Sachen

Caspar Blum gegen Staat Bern.

(27. April 1877.)

Streitfragen:

A. Vorfrage:

1. Ist der Kläger mit dem Rechtsbegehren seiner Klage einstweilen zurückzuweisen, unter Kostenfolge?

B. Hauptsache:

2. Ist der Beklagte schuldig, dem Kläger den Schaden zu vergüten, den er ihm durch den verhinderten Verkauf der Ferkel und die gegen ihn unberechtigter Weise veranlaßte und durchgeführte Untersuchung wegen angeblicher Widerhandlung gegen die bernischen Verordnungen zur Verhütung von Viehseuchen vom 16. Februar und 17. Dezember 1870 zugefügt hat, unter Kostenfolge?

In seiner Klage vom 15. Juni 1874 stellt der Kläger das Rechtsbegehren, welches der heutigen Streitfrage Nr. 2 entspricht, und bringt zu Begründung desselben an: Am 5. Juni 1872 habe er von seinem Wohnorte Reiden, Kts. Luzern, durch seinen Knecht, Josef Stößel, 13 Ferkelschweine auf den Markt nach Huttwyl bringen lassen, um sie zu verkaufen, er habe für dieselben in Gemäßheit des Concordates vom 27. Juni 1873 keine Gesundheitsscheine mitgegeben, da solche nicht nöthig gewesen. In Huttwyl angelangt, sei dem Knechte aber das Feilhalten und der Verkauf der Ferkel verboten worden und zwar deßhalb, weil er keine Gesundheitsscheine für sie habe. Damit sei aber die Sache noch nicht fertig gewesen, sondern es sei gegen

Digitized by Google

den Kläger noch eine Anzeige wegen Widerhandlung gegen die Verordnungen vom 16. Februar 17. Dezember 1870 eingereicht worden, gestützt auf welche das Richteramt Trachselwald unterm 20. Juni 1872 ihn schuldig erklärt und zu Fr. 65 Buße und Fr. 8. 40 Kosten verurtheilt habe. Gegen dieses Urtheil habe der heutige Kläger die Appellation erklärt und von der Polizeikammer, gestützt auf den Umstand, daß die zwei Decrete im Kanton Luzern nicht publicirt worden seien, seine Freisprechung verlangt, diese habe aber das Urtheil bestätigt und ihm die sämmtlichen Kosten auferlegt. Hiegegen habe er, Kläger, nun Beschwerdeführung an den Bundesrath erklärt und habe solche auch eingereicht, sie datire vom 4. September 1872 und enthalte die Begehren:

1. Es sei das erwähnte Urtheil aufzuheben; und
2. der Kanton Bern zum Schadenersatz und zu Bezahlung der entstandenen Kosten anzuhalten.

Nachdem die Polizeikammer und der Regierungsrath des Kantons Bern und auch derjenige des Kantons Luzern in dieser Sache gehört worden, habe der Bundesrath in Würdigung der vom Kläger angebrachten Beschwerdegründe,

in Betrachtung:

1. Nach Vorschrift des zur Zeit der Kontravention noch in Kraft bestehenden Konkordates waren in der Regel nur für den Verkehr mit Rindvieh und Thieren des Pferdegeschlechtes Gesundheitsscheine vorgeschrieben. Dagegen hatten die betreffenden Regierungen ausnahmsweise beim Ausbruche einer Seuche die im Konkordate vorgesehenen Vorkehren zu treffen.

2. Für diesen Fall waren aber die Regierungen verpflichtet, von dem Ausbruche der Seuche und den dagegen angeordneten Maßregeln den Regierungen der angrenzenden Kantone Kenntniß zu geben. Wenn diese Vorschrift hauptsächlich den Zweck hatte, die Behörden der Nachbarkantone zu überzeugen, daß durch diese Maßnahmen ihr Gebiet sicher gestellt sei, so liegt es doch in der Natur der Sache, daß solche Anzeigen nicht bloß in der Mappe der Behörden zu bleiben hatten, sondern auch dem Verkehr treibenden Publikum mitgetheilt werden sollten, damit es wisse, daß der verfassungsmäßig garantirte freie Verkehr beschränkt sei. In Uebereinstimmung mit dieser Ansicht ist daher im neuen Gesetz vorgeschrieben, daß der Bundesrath das Gebiet für den beschränkten Viehverkehr bezeichne, welche Maßregel jeweilen im Bundesblatt veröffentlicht wird.

Digitized by Google

3. Eine Mittheilung der ausnahmsweise erlassenen Verordnungen ist aber weder den Behörden, noch dem Publikum des Kantons Luzern gemacht worden, daher das auswärtige Publikum aus seuchefreien Gegenden um so weniger wissen konnte, daß bereits zwei Jahre vorher erlassene Verordnungen noch in Kraft bestehen. Es wäre daher angezeigt gewesen, daß unter diesen Umständen die Marktbesucher aus den Nachbarkantonen wenigstens an der bernischen Grenze von diesen Verordnungen Kenntniß erhalten hätten und daß die Einfuhr von Thieren dort kontrolirt worden wäre,

beschlossen:

1. Es sei der Rekurs begründet und seien die oben erwähnten Urtheile der bernischen Gerichte aufgehoben.

2. Sei dieser Beschluß der Regierung des Kantons Bern ꝛc. mitzutheilen. Derselbe datirt vom 5. Mai 1873 und sei in Rechtskraft erwachsen.

Der Kläger behauptet nun, angesichts dieser Sachlage unterliege es wohl keinem Zweifel, daß der Beklagte ihm allen denjenigen Schaden zu ersetzen habe, welcher ihm in Folge der Nichtbeobachtung von konkordatsmäßig festgestellten Bestimmungen Seitens der bernischen Staatsbehörden und der gegen ihn eingeleiteten und durchgeführten Untersuchung und der nachherigen Vollziehungsmaßnahmen entstanden sei, daß derselbe in Folge dessen ihm die verursachten Kosten und Auslagen zu ersetzen habe und zwar in Gemäßheit der Satz. 964 C., nach welcher derjenige, der einem Andern durch sein Verschulden einen Schaden zugefügt, auch zum Ersatze desselben verpflichtet sei. In weiterer Ausführung sagt der Kläger: dadurch

1. daß die Regierung des Kantons Bern es unterlassen habe, gemäß den Bestimmungen des Konkordats vom 27. Juni 1853, § 7, den Regierungen der angrenzenden Kantone die erlassenen Verordnungen vom 16. Februar und 17. Dezember 1870 zur Kenntniß zu bringen und dadurch dieselben in den Stand zu setzen, das Verkehr treibende Publikum zur Beobachtung derselben zu veranlassen;

2. daß keine Vorsorge dafür getroffen worden, die Marktbesucher aus den Nachbarkantonen wenigstens an der bernischen Grenze von den fraglichen bernischen Verordnungen in Kenntniß zu setzen und die Einfuhr von Thieren dort (auf der Grenze) zu kontroliren;

Digitized by Google

3. daß er, der Kläger, nicht nur verhindert worden, seine Ferkel auf dem Markte in Huttwyl zu verkaufen, sondern nachher auch genöthigt gewesen sei, sich gegen die rechtswidrigen Angriffe der bernischen Behörden, resp. des Kantons Bern, vor den Gerichteu desselben zu vertheidigen und sogar noch den Schutz der Bundesbehörden in Anspruch zu nehmen ꝛc.,

habe der Staat Bern sich offenbar ein Verschulden zur Last kommen lassen und dem Kläger Schaden von über Fr. 300 verursacht, zu dessen Ersatz er rechtlich verpflichtet sei.

Der Sühneversuch sei fruchtlos abgelaufen.

In seiner Hauptvertheidigung vom 8. September 1874 stellt der Beklagte vorerst die Vorfrage, welche der heutigen Streitfrage Nr. 1 entspricht, schließt sodann auf Abweisung des Klagsbegehrens, unter Kostenfolge, und bringt an, die Klage sei eine Civilklage im Sinne des § 46 des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 19. Mai 1851. Eine solche Klage setze die doppelte Bedingung einer Verletzung der Amtspflichten und eines wirklichen, aus dieser Pflichtverletzung entsprungenen Schadens voraus. Die Erörterung über die Existenz einer Verletzung der Amtspflichten sei bei nicht strafbaren Pflichtverletzungen einzig Sache der kompetenten Administrativbehörden und die Civilklage erst zulässig auf ein vorausgegangenes Erkenntniß, daß eine Verletzung der Amtspflichten vorliege. Läge, wie die Klage annehme, wirklich eine Amtspflichtsverletzung vor, so könne es jedenfalls bloß eine nicht strafbare sein.

Beschwerden gegen den Regierungsrath, das Obergericht oder einzelne Abtheilungen desselben, sollen, selbst wenn dieselben strafbar seien, zunächst an den Großen Rath gerichtet werden und erst wenn dieser die Verantwortlichkeit für den erwachsenen Schaden ausgesprochen, könne die Verfolgung des weiteren Anspruchs nach den Bestimmungen des Verantwortlichkeitsgesetzes stattfinden. Die Klage beziehe sich theils auf Amtshandlungen von untergeordneten Behörden und Beamten und Angestellten, theils auf Amtshandlungen einer Abtheilung des Obergerichts, nämlich der Polizeikammer, resp. auf deren Urtheil vom 10. Juli 1872. Der Beklagte verneint nun, daß die kompetente Behörde gegen die Polizeikammer, oder wer es sein möge, die Verletzung einer Amtspflicht konstatirt und die Verantwortlichkeit für einen daraus erwachsenen Schaden ausgesprochen habe. In der Klage sei auch nirgends behauptet, daß der Kläger sich wenigstens 30 Tage vor Ausspielung der Klage bezüglich seiner

Digitized by Google

Schadensersatzansprüche an die oberste Vollziehungsbehörde gewendet habe, § 51 des Verantwortlichkeitsgesetzes und § 17 der bernischen Staatsverfassung, daher müsse die Klage wenigstens einstweilen zurückgewiesen werden.

In einläßlicher Beziehung gibt der Beklagte zu, daß die Polizeikammer, wie in der Klage gesagt, gegen den Kläger ein Urtheil gefällt und daß solches vom Bundesrathe wieder aufgehoben worden sei. Dieser Entscheid des Bundesrathes sei auf Antrag des Herrn Knüsel in Luzern erfolgt und es sei in demselben die Rechtsansicht einer obern Instanz ausgesprochen, die nicht auf Unfehlbarkeit Anspruch machen könne und wolle; bemerkt wird noch, daß der Bundesrath auf die Schadensersatzforderung des Klägers nicht eingetreten sei. Der Beklagte bestreitet, daß der Entscheid des Bundesrathes richtig und hält im Gegentheil denjenigen der Polizeikammer für begründet; er bestreitet auch, daß er zum Ersatze eines Schadens verpflichtet sei, auch wenn die Klage in thatsächlicher Beziehung begründet wäre, denn die Satz. 964 C. setze ein Verschulden voraus und nicht bloß allfällige irrthümliche Rechtsansichten; der Grund der Schädigung müßte in einer bösen Absicht der Behörden, Beamten oder Angestellten gelegen haben, und dieses sei vom Kläger nicht einmal behauptet worden, geschweige denn erwiesen und auch nicht wahr; die Klage sei daher nicht begründet.

Replikando schließt der Kläger auf Abweisung der vom Beklagten gestellten fristlichen Einrede, unter Kostenfolge und gibt zu, daß seine Klage eine Civilklage, dabei verneint er aber, daß eine Behörde, Beamte oder Angestellte mit Ansprüchen belangt werden, sondern behauptet, die Klage sei gegen den Staat gerichtet, weil dieser ihn in verschiedenen Richtungen verletzt und geschädigt habe. Angesichts dieser Anbringen und des bundesräthlichen Entscheides sei eine spezielle Verantwortlichkeitserklärung und das daherige Verfahren im Sinne des Verantwortlichkeitsgesetzes vom Jahre 1851 überflüssig, folglich die direkte Schadensersatzklage zulässig. Im Weitern bringt der Kläger an, er habe am 31. Mai 1873 an den Regierungsrath des Kantons Bern das Ansuchen gestellt, es möchten ihm die in vorliegender Sache entstandenen Kosten im Betrage von Fr. 220 vergütet werden, sei jedoch abgewiesen worden.

Schließlich verneint der Kläger die Anbringen der Hauptvertheidigung, soweit mit denen der Klage im Widerspruche, und behauptet, die Schadensersatzpflicht trete nicht nur im Falle einer

Digitized by Google

bösen Absicht, sondern auch bei fahrlässigen Handlungen ein, daher sei der Staat auch schuldig, ihn zu entschädigen.

Die weiteren Parteivorträge enthalten außer Erörterungen und Verneinungen keine wesentlichen Anbringen.

Nach verhängtem Schlusse des Hauptverfahrens eröffnete der Gerichtspräsident von Bern unterm 24. Februar 1876 den Parteien den Beweisentscheid, welcher unterm 28. Juni gl. J. vom Appellations- und Kassationshofe definitiv festgestellt wurde. In Ausführung desselben wurden einige Zeugen und auch der Kläger einvernommen; ferner produzirten Parteien die von ihnen als Beweismittel angerufenen Urkunden und konvenirten, nachdem der Aktenschluß verhängt worden, das Amtsgericht zu umgehen und die Sache sofort durch den Appellations- und Kassationshof beurtheilen zu lassen.

Diese Behörde wies zuerst die vom Staate erhobene dilatorische Einrede ab.

Motive:

Daß die Klage des Blum nach ihrer Anlage und der Erklärung in Art. 72 der Replik einen Civilanspruch gegen den Staat enthaltet, welcher aus der Verantwortlichkeit der Behörden und Beamten fließt;

daß nun allerdings das Gericht die Klage gegen den Staat nicht annehmen darf, bis der Kläger nachgewiesen, daß er sich wenigstens dreißig Tage zuvor an den Regierungsrath gewendet hat (§ 17 der Verfassung und § 51 des Gesetzes vom 19. Mai 1851);

daß aber Blum diesen Nachweis geleistet hat (Art. 80 der Replik) und daß somit das Gericht nach den hier einzig maßgebenden Bestimmungen der Verfassung verpflichtet ist, die Klage anzunehmen.

In der Hauptsache wurde dagegen der Kläger mit seiner Schadensersatzklage abgewiesen und dem Staate gegenüber zu drei Viertheilen der Kosten verurtheilt.

Motive:

Daß die von Blum gegen den Staat angehobene Civilklage die doppelte Bedingung einer Verletzung der Amtspflichten und eines wirklichen aus dieser Pflichtverletzung entsprungenen Schadens voraussetzt (§§ 2 und 46 des Gesetzes vom 19. Mai 1851);

Digitized by Google

daß Kläger Blum nun allerdings den von ihm behaupteten Schaden nachgewiesen hat, nicht aber, daß derselbe die Folge einer Verletzung der Amtspflichten seitens der Behörden und Beamten war;

daß es sich vielmehr um eine unrichtige Rechtsanschauung der Direktion des Innern bezüglich der Anwendung konkordatsmäßiger Vorschriften betreffend gemeinschaftliche polizeiliche Maßregeln gegen Viehseuchen und eine unrichtige, übrigens durch den Entscheid des Bundesrathes aufgehobene Rechtsprechung der Polizeikammer handelt, gegen welche aber das Gesetz keine Entschädigungsansprüche gegen den Staat gewährt, da Niemand ein Verschulden trifft.

Mai 1877.

21) Pflicht zur Unterhaltungs eines Weges. Oeffentlicher Weg oder Privatweg. Verurtheilung der Ortsgemeinde unter Vorbehalt des Rückgriffsrechts auf die Pflichtigen.

Ortsgemeinde Riedtwyl gegen Stalder und Mith.

(4. Mai 1877.)

In einer vom 3. Februar 1873 datirten Klage stellte die Gemeinde Riedtwyl gegen Christian Stalder, Gottlieb Aebi und Ulrich Sollberger folgende Rechtsbegehren:

1. Es sei zu erkennen, die Beklagten als Besitzer des untern Kastenhofes seien verpflichtet, den Kasten-Grüttweg, soweit es sie betrifft, zu unterhalten.

2. Es sollen die Beklagten, soweit es sie betrifft, verurtheilt werden, der klägerischen Ortsgemeinde die Kosten zu ersetzen, welche derselben durch Herstellung dieses Weges infolge Urtheils des Regierungsstatthalteramts Wangen vom 22. Juli 1871 entstanden sind.

Zur Begründung wurde angebracht:

Vor einigen Jahren seien die Güterbesitzer von Grütt, Breitenegg und Rüedisbach bei dem Regierungsstatthalteramte Wangen mit dem Gesuch eingekommen, es möchte die Ortsgemeinde Riedtwyl angehalten werden, „den Weg, welcher von der Kastenstraße über Grütt, Breitenegg und Rüedisbyl gegen Ferenberg führt und alsdann in die Wynigen-Mühlewegstraße

Digitized by Google

ausmündet, gehörig herzustellen, soweit derselbe innert den Grenzen der Ortsgemeinde Riedtwyl liege".

Die Gesuchsteller hätten sich darauf berufen, es handle sich um eine Straße vierter Classe, deren Unterhaltung der Gemeinde obliege. Die letztere habe die behauptete Verpflichtung bestritten, sei aber vom Regierungsstatthalteramte Wangen administrativ richterlich verurtheilt worden, den Weg gehörig herzustellen und besser zu unterhalten, soweit derselbe innert den Grenzen der Ortsgemeinde Riedtwyl liege, jedoch unter ausdrücklichem Vorbehalt des Regreßrechtes gegen diejenigen Personen oder Güter, welche sie der Unterhaltungspflicht zu überführen im Falle sein sollte. Die daherigen Proceßkosten seien ihr mit Fr. 230. 50 auferlegt worden.

Infolge dieses Urtheiles wurden die Beklagten aufgefordert, den Weg herzustellen und zu unterhalten, und sodann, nach erfolgter Weigerung namentlich geltend gemacht: Die Häuser- und Güterbesitzer der Gemeinde Riedtwyl seien in zwei Classen eingetheilt gewesen; zu der ersten haben die gehört, welche ihre Waldungen gemeinsam besessen und benutzt haben und welche in fünf Banner- und zwei Tagwerrechtsamen eingetheilt gewesen seien; zu der zweiten dagegen die, welche ihre Waldung abgesondert besessen und benutzt haben. Zu diesen letztern haben gehört der untere Kasten und das Grütt, zusammen ein Bauerngut ausmachend und für eine Bauernrechtsame belastet, ferner der mittlere Kasten für 3/4, das innere Hölzli für 1/4, und Hans Webers Heimwesen auf der Oschwand für 1/8, zusammen für 1 1/8 Tagwnerrechtsame berechnet. Nach dieser Eintheilung seien die Gemeindelasten getragen worden, namentlich sei bestimmt gewesen, daß die Landkosten, die Fuhrungen und das Gemeindwerk auf den Rechtsamen gelastet und daß die Bauernrechtsamen alle Fuhrungen und die Tagwnerrechtsamen Handarbeiten zu leisten gehabt haben.

Nach Einführung des Gemeindegesetzes vom 6. Dezember 1852 sei das Vermögen der kläger'schen Ortsgemeinde ausgeschieden und festgestellt worden, und durch Vertrag vom 24. Juni 1855 habe sie unter der Aufschrift „Liegenschaften" zugewiesen erhalten: „Die im Gemeindsbezirk liegenden öffentlichen Wege sammt zudienenden Brücken und Couliſſen, soweit sie nicht dem Staate oder Privaten zu unterhalten obliegen, und die zu diesen Wegen gehörenden Landabschnitte und öffentlichen Plätze." Der streitige Weg sei nun erst in diesem Jahrhundert von den Besitzern des untern Kastenhofes, des Grüttheimwesens und der

Digitized by Google

sog. Mühleweid angelegt worden, um diesen Gütern eine möglichst direkte Verbindung mit der Kastenstraße zu verschaffen. Für die zwei erstgenannten Güter sei das Bedürfniß dieses Weges dadurch hervorgerufen worden, daß die zu denselben gehörenden Matten unten im Kastenthale lagen und das Heu von denselben ohne diesen Weg nur auf Umwegen und mit vielen Beschwerlichkeiten und Zeitverlust habe eingefahren werden können, daher sei er auch bis auf den heutigen Tag der „Grüttheuweg" genannt. Bis zu Erstellung der Eisenbahn sei der Weg hauptsächlich von den Besitzern der drei genannten Heimwesen benutzt worden, erst seither werde er als Verbindungsweg von der Station Riedtwyl nach Ferrenberg und umgekehrt befahren.

Mit seiner Unterhaltung habe die Klägerin nie etwas zu thun gehabt, sondern es sei dieselbe jeweilen von den Beklagten besorgt worden, und es sei auch ihre Verpflichtung dazu durch administrativ richterliches Urtheil vom Jahre 1818 außer Zweifel gesetzt. In dem daherigen Spruche des Landvogtes Gottlieb Thormann vom 24. und 29. August 1818 heiße es: „daß nur die 2 Höfe Grütt und Kasten und der Besitzer der dazwischen liegenden Weid diesen Weg zu befahren das Recht haben und diese zwei Hofbesitzer den Weg unterhalten müssen." Dieser Verfügung gemäß sei eine entsprechende Reallast in den Handänderungsverträgen über diese Güter angezeigt. Aus den Klagsthatsachen folgerte die Klägerin: der in Frage stehende Kasten-Grüttweg gehöre keineswegs zu den öffentlichen Wegen, welche von ihr unterhalten werden müssen, sondern es sei derselbe für und von den Güterbesitzern vom untern Kasten, Grütt und Mühleweid erstellt worden, daher hafte die Pflicht zum Unterhalt des Weges nach civilrechtlichen Bestimmungen auch auf diesen Gütern, folglich auf den Besitzern derselben, also den heutigen Beklagten, als Eigenthümern des untern Kastens, soweit es sie betrifft.

Die Beklagten, jeder für sich, und eventuell gemeinschaftlich stellten vorerst der gegnerischen Klage eine uneinläßliche Antwort entgegen und schlossen sodann auf Abweisung der Klagsbegehren.

Zu Begründung brachten sie an, es sei ihnen nirgends die Verbindlichkeit auferlegt worden, den Weg zu unterhalten und wenn das Regulativ von 1818 und 1819 eine solche enthalten sollte, so sei dieselbe längst durch das Straßengesetz von 1834 und die Ortspraxis aufgehoben worden, zudem sei durch das administrativ-richterliche Urtheil vom 22. Juli 1871 constatirt worden, daß der fragliche Weg ein Privatweg sei. Derselbe sei auch von jeher in seiner ganzen Ausdehnung von Jedermann

Digitized by Google

beliebig und nach Bedürfniß benutzt worden und seit Eröffnung der Bahn sei der Verkehr viel stärker als früher. So wie der Weg gelegen sei, könne er nicht wohl von den Besitzern des Kastenhofes, des Grüttheimwesen und der Mühleweid, resp. für diese Besitzungen erstellt worden sein, vielmehr sei er ein Verbindungsweg zwischen Breitenegg, Rüdisbach u. s. w. und werde auch in verschiedenen Titeln „Karrweg nach Breitenegg" genannt. Schon vor dem Regulativ von 1818 und 1819 sei der Weg ein öffentlicher gewesen und daher der Gemeinde zum Unterhalt obgelegen, was der regierungsstatthalteramtliche Entscheid von 1871 auch anerkannt habe. Sie haben auch denselben niemals unterhalten oder zu seiner Unterhaltung beigetragen, dagegen habe in den dreißiger oder vierziger Jahren die Klägerin oder mehrere Gutsbesitzer daselbst verschiedene Arbeiten an dem Wege vornehmen lassen, denselben verlegt und anders erstellt und auch seither sei er noch von den meisten Gutsbesitzern in Riedtwyl unterhalten worden. Es verneinten endlich auch die Beklagten, daß die Güterbesitzer, und namentlich die Besitzer des untern Kastenhofes die Pflicht zur Unterhaltung dieses Weges im Jahre 1818 anerkannt haben. Wäre dieß aber auch der Fall gewesen, so könnte doch gegenüber dem Straßengesetz, den vermehrten Verkehrsbedürfnissen und Verhältnissen, dem Urtheil vom 22. Juni 1871, den Erwerbtiteln und sonstigen Thatsachen diese Anerkennung von 1818 für sie nicht mehr verbindlich sein. Verneint wurde auch, daß in den Erwerbs- und Handänderungstiteln des untern Kastenhofes und des Grüttheimwesens eine daherige Unterhaltungspflicht anerkannt sei.

Endlich gaben die Beklagten zwar zu, daß sie Bestandtheile des Kastenhofes besitzen, behaupten aber, daß noch Andere Eigenthümer von solchen seien und daß man diese, sowie auch die Besitzer des Grütt und der Mühleweid nicht in's Recht gefaßt habe, obschon sie nach den Anbringen der Klage ebenfalls verpflichtet sein sollen, den fraglichen Weg unterhalten zu helfen.

Nach geschlossener Beweisführung umgingen die Parteien das Amtsgericht und brachten die Streitsache direkt vor den Appellations- und Cassationshof. Derselbe fällte den 4. Mai 1877 folgendes Urtheil:

Die Beklagten, Christian Stalder und Mith., sind mit ihrer peremtorischen Einrede abgewiesen.

Die Beklagten, Christian Stalder und Mith., als Besitzer des untern Kastenhofes sind verpflichtet, den Kasten-Grüttweg,

Digitized by Google

soweit es sie betrifft und es das Bedürfniß eines Privatweges für sie erfordert, zu unterhalten.

Die Beklagten, Christian Stalder und Mith., sind auch, soweit es sie betrifft und im Sinne obiger Einschränkung verurtheilt, der Klägerin, Ortsgemeinde Riedtwyl, die Kosten zu ersetzen, welche derselben durch Herstellung des Weges infolge Urtheils des Regierungsstatthalteramts Wangen vom 22. Juli 1871 entstanden sind.

Insoweit die Klagsbegehren weiter gehen, werden dieselben abgewiesen.

Die Kosten werden zwischen Parteien wettgeschlagen.

Motive:

Daß in der Entwicklungsgeschichte des streitigen Weges zwei Stadien auseinander gehalten werden müssen, deren Scheidepunkt in faktischer Beziehung in den durch die Anlage der Eisenbahnstation Riedtwyl veränderten Verkehrsverhältnissen zu suchen ist, und welcher später durch das in Rechtskraft erwachsene administrativ richterliche Urtheil des Regierungsstatthalters von Wangen, d. d. 22. Juli 1871, rechtliche Anerkennung erhielt;

daß nämlich, wie hiernach dargethann werden soll, der fragliche Weg, von seiner Abzweigung von der Kasten- oder Burgdorf-Langenthalstraße hinweg, durch den untern Kastenhof und das Grüttgut hinauf in den Mühleholzweg, seiner ursprünglichen Anlage und Zweckbestimmung gemäß lediglich als Privatweg für den untern Kastenhof, das Grüttheimwesen und die sog. Mühleweid in Betracht kömmt, währenddem derselbe, insbesondere seit Anlegung der oben erwähnten Bahnstation Riedtwyl mehr und mehr die Natur eines öffentlichen Weges angenommen hat, und namentlich den Bewohnern der dahinter gelegenen Ortschaften Ferrenberg, Rüedisbach und Breitenegg als Communicationsmittel nach Riedtwyl und umgekehrt diente;

daß der Charakter eines Privatweges im Wesentlichen aus folgenden Thatsachen hervorgeht:

a. In einem Administrativstreite, welcher im Jahr 1818 zwischen der Gemeinde Riedtwyl und dem damaligen Besitzer des Grütthofes, Niklaus Sollberger oder dessen Erbschaft, über die Frage der Mitunterhaltungspflicht an der Straße von Riedtwyl nach der Oschwand waltete, wendete der letztere gegenüber den Ansprüchen der Gemeinde ein, „wenn der streitige Straßenbezirk als unter dem im Ver-

Digitized by Google

„gleich von 1766 angezogenen Ausdruck „„gleich andern „Straßen““ unterhalten werden müßte, so würde dieses „alle Wege in dem Gemeindsbezirk beschlagen, mithin auch „denjenigen, so durch die Kasten- und Grüttgüter nach „Breitenegg führt, zu deren Unterhaltung doch die Gemeinde „nichts beiträgt". Die Beweisführung durch Augenschein und Zeugenabhörung ergab Folgendes: in Erwägungsgrund 5 des daherigen Spruches vom 24. August 1818 aufgenommenes Resultat: „Erhelle aus dem vorliegenden „Augenscheinsbefinden, daß der Weg vom Wirthshaus zu „Riedtwyl das Dorf hinauf gegen und über die Oschwand „gegen Ochlenberg, dortige Berghöhe, Linden 2c. eine „Communicationsstraße bilde, alldieweil sich der Weg vom „Kasten gegen das Grütt nach seiner Lage gar nicht zu „einer solchen eigne, sondern lediglich ein Partikular- oder „Güterweg sei und zwar dieses letztere um so mehr, da der „Kastenbauer Dolder bei Abhaltung des Augen„scheins seinerseits bestimmt erklärt, daß nur die zwei Höfe „Grütt und Kasten und der Besitzer der dazwischen liegen„den Weid diesen Weg zu befahren das Recht haben und „diese zwei Hofbesitzer den Weg unterhalten müssen."

In diesen Erklärungen der damaligen Proceßpartei Sollberger und, was im vorliegenden Falle von größerer Bedeutung ist, des als Zeugen abgehörten damaligen Kastenhofbesitzers Dolder liegen unzweideutige Anerkennungen der privatrechtlichen Natur des streitigen Weges aus jener Zeit:

b. In einem Regulativ vom 20. Hornung 1818 und 10. März 1819, welches die öffentlichen Lasten der Gemeinde Riedtwyl ordnet, ist denn auch einzig die Verbindungsstraße vom Wirthshaus zu Riedtwyl bis auf die Oschwand als der Gemeinde zur Unterhaltung obliegend, aufgenommen;

c. aus den Aussagen der Zeugen Ludwig Affolter, Johann Schultheß, Jakob Jost und Andreas Sollberger geht hervor, daß die Unterhaltung des Weges auch noch in den letzten Jahren, wenn überhaupt etwas in dieser Beziehung geschehen ist, durch die Besitzer der Grütt- und Kastenheimwesen geschehen wurde, und daß die Gemeinde Riedtwyl dieser Angelegenheit fremd blieb, — selbst die von den Beklagten aufgestellte Behauptung, daß in den 30ger oder 40ger Jahren die Klägerin verschiedene Arbeiten an dem fraglichen Wege vornehmen ließ, hat anläßlich der Beweisführung hierüber in das Gegentheil umgeschlagen,

Digitized by Google

nämlich daß die betreffenden Arbeiten durch die Besitzer des Grütt und untern Kastens, allerdings aus Gefälligkeit unter Beihülfe einiger Personen von Riedtwyl vorgenommen worden seien;

d. die gewöhnliche Bezeichnung des streitigen Weges lautet „Kasten-", „Grütt-" oder „Grüttheuweg", wogegen auch in einzelnen Handänderungsacten die Benennung „üblicher Weg nach Breitenegg", „üblicher Weg von Riedtwyl nach Breitenegg" und „Karrweg nach Breitenegg„ vorkömmt;

e. die Unterhaltungspflicht wird endlich in verschiedenen Veräußerungsverträgen ausdrücklich anerkannt, so heißt es:

aa. Im Kaufe zwischen Johann Dolder als Verkäufer und Johann Wälchli, Gemeindrath zu Juchten, als Käufer vom 17. Mai 1861, betreffend den größten Theil des untern Kastenhofes, unter der Aufschrift Rechte und Beschwerden: „Ueber das Erdreich sub. Art. 6 be„schrieben führt der Grüttheuweg, welcher vom Ver„käufer, dem Käufer und dem Besitzer des Grütthofes „zu unterhalten ist";

bb. im Kaufvertrage zwischen Wälchli vorgenannt als Verkäufer und Johannes Iseli und Christian Röthlisberger als Käufer vom 6. November 1861, betreffend das nämliche Kaufsobjekt, wird die nämliche Beschwerdeangabe wiederholt; ebenso

cc. in einem Kaufvertrage zwischen Röthlisberger als Verkäufer und Iseli als Käufer vom 13. Oktober 1862;

dd. Tauschvertrag zwischen Iseli obgenannt und Johann Eggli, Peters von Schangnau, vom 7. Oktober 1865;

ee. und endlich steht in dem Kaufvertrage vom 6. Juni 1871, durch welchen Johann Eggli den ihm zustehenden Theil des untern Kastenhofes an den einten Beklagten, Christian Stalder, veräußerte, neuerdings der Vorbehalt: „Ueber das Erdreich Art. 6 und 7 „(Schneckenrain und Rain ob dem Kastenhäusleinweg „mit Hofstaatt) führt der Grüttheuweg, welcher von „Gottlieb Aebi (Nachfolger des J. Dolder), dem hier„seitigen Besitzer und dem Grüttbauer, Johann Hofer, „zu unterhalten ist";

daß hinwieder über die gegenwärtige Natur des streitigen Weges folgende Beweisergebnisse vorliegen:

a. das Augenscheinsprotokoll des Instruktionsrichters vom 15. Mai und 31. August 1876 sagt in dieser Beziehung:

Digitized by Google

„dermal ist der im Streite liegende Weg ein allge-
„meiner, dem öffentlichen Interesse dienender
„Fahrweg. Dafür sprechen seine Anlage, bei der offen-
„bar technische Hülfe mitgewirkt haben muß, seine Breite,
„seine sichtliche Frequenz, wie überhaupt sein ganzes Aus-
„sehen";

b. das Befinden der Experten vom 15. Mai 1876 drückt sich aus wie folgt: „Nach der Lage und der hügeligen Terrain-
„beschaffenheit zu schließen, scheint dieser Weg ehemals
„nicht von seinem Anfange bei'r Langenthal-Burgdorf-
„straße an als specieller Verbindungsweg zwischen der
„Ortschaft Riedtwyl und den oberhalb gelegenen Häuser-
„gruppen und Ortschaften erstellt worden zu sein, und
„dürfte jedenfalls früher wenig, oder keinen durchgehenden
„Verkehr in der Richtung der heutigen Wynigen-Mühleweg-
„straße, sondern lediglich den Lokalverkehr zwischen den
„Höfen Breitenegg, Grütt und Kasten vermittelt haben,
„denn nach der Ansicht der Experten mag früher für den
„direkten Verkehr zwischen Rüedisbach, Breitenegg und
„Grütt einerseits und der eigentlichen Dorfschaft Riedt-
„wyl anderseits der kürzere, etwas abwärts vom Grütt
„vom streitigen Wege abzweigende sog. Mühleholzweg ver-
„wendet worden sein, welcher durch langjähriges Befahren
„geschaffen worden zu sein scheint. Gegenwärtig ist aber
„dieser Mühleholzweg in einem schlechten Zustande und
„wird sichtlich selten oder gar nie mehr mit Fuhrwerken
„befahren, und der eigentliche Kasten-Grüttweg vermittelt
„nun auch in seinem untern Theile den Verkehr mit den
„mehrgedachten Ortschaften, Höfen und der Ortschaft Riedt-
„wyl. Zweifelsohne hat der fragliche Weg diese ausge-
„dehntere Bedeutung schon mit der Eröffnung der Eisen-
„bahn durch das Kastenthal erhalten, indem die Stations-
„anlage Riedtwyl sich oberhalb der Ortschaft und unweit
„der Wegeinmündung befindet".

Weiter heißt es: „Wir nehmen an, der streitige Weg
„habe ursprünglich nicht als Communikationsweg für die
„oberhalb Riedtwyl liegenden Höfe und Ortschaften ge-
„dient, jetzt aber hat er vollständig den Charakter eines
„Communikationsweges für besagte Gegend erhalten."

Und endlich: „Wir betonen namentlich, daß gegen-
„wärtig der fragliche Weg von der Langenthal-Burgdorf-
„straße aus durch den Grütthof und die Ortschaften Breiten-

Digitized by Google

„egg und Rüedisbach als Verbindungsweg dient und un-
„zweifelhaft auch als öffentlicher Weg anzusehen ist“;

daß ein administrativ richterliches Urtheil des Regierungs-
statthalters von Wangen vom 22. Juli 1871, ausgefällt in
Sachen des Johannes Rothenbühler zu Breitenegg und Mith.-
als Impetranten gegen die Ortsgemeinde Riedtwyl, als Impe-
tratin, der gegenwärtigen Lage der Dinge Rechnung trägt, in-
dem dasselbe, unter Anderem unter Annahme folgender Er-
wägungen:

„daß der in Frage stehende Weg kein Privatweg, sondern
„als ein öffentlicher Verbindungsweg erscheine, der immerhin
„unter Aufsicht der Regierung stehe, und von ihr noch stets-
„fort zur vierten Classe eingereiht werden könne;

„daß die Unterhaltungspflicht von dergleichen Wegen den
„Gemeinden obliege, in deren Bezirk dieselben sich befinden,
„sofern nicht diese Unterhaltungspflicht nach civilrechtlichen Be-
„stimmungen auf andern Personen oder Gütern haftet;

„daß selbst im letztern Fall die Gemeinden dem Staat
„gegenüber für die dießorts erforderlichen Leistungen haften,
„unter Vorbehalt des Regreßrechtes gegen Privatpflichtige“ u.s.w.,

zu Recht erkennt:

„der im Ansuchen der Impetranten Rothenbühler und
„Mith. vom 10. März 1870 enthaltene Antrag sei als be-
„gründet denselben zugesprochen, unter Folge der auf Fr. 230.
„50 Cts. bestimmten Kosten, welche die Ortsgemeinde Riedt-
„wyl zu bezahlen hat; diese daher verurtheilt, den fraglichen
„Weg gehörig herzustellen und besser zu unterhalten, soweit
„derselbe nämlich innert den Grenzen der Ortsgemeinde Riedt-
„wyl liegt, jedoch unter ausdrücklichem Vorbehalt des Regreß-
„rechts gegen diejenigen Personen oder Güter, die der Unter-
„haltungspflicht zu überführen sie im Falle sein sollte“;

daß selbstverständlich so lange der im Streite liegende Weg
rein privatrechtlichen Interessen diente, die Unterhaltung des-
selben auch einzig den betreffenden Betheiligten oblag, und dritte
Personen so wenig als die Ortsgemeinde Riedtwyl sachlich legi-
timirt gewesen wären, sich in die daherigen Privatrechtsverhält-
nisse einzumischen;

daß aber auch durch die infolge der veränderten Verkehrs-
verhältnisse nach und nach eingetretene Umwandlung des Privat-
weges in einen öffentlichen Weg die Klägerin als nach Mitgabe
des Gesetzes über den Straßen- und Brückenbau vom 21. März

Digitized by Google

1834 berufene Vertreterin der öffentlichen Interessen bei Straßen der vierten Classe, zu der Frage der Unterhaltung des betreffenden Weges insofern in eine andere Stellung trat, als das öffentlich-rechtliche Bedürfniß eine solche mit sich brachte;

daß jedoch die Klage in ihrem Bestreben, die Unterhaltungspflicht des fraglichen Weges nach Mitgabe von Art. 18 des anrufenen Gesetzes ausschließlich den ursprünglich Privatverpflichteten auferlegen zu lassen, zu weit geht, indem keine civilrechtlichen Bestimmungen nachgewiesen werden konnten, nach welchen diese Privatverpflichteten die Unterhaltung des Weges auch mit Rücksicht auf seine nunmehrige öffentlich rechtliche Natur übernommen hätten;

daß vielmehr ein Zusammentreffen von privatrechtlicher Unterhaltungspflicht, insoweit der fragliche Weg nach seiner geschichtlichen Entwicklung rein privatrechtlichen Bedürfnissen dient, und Unterhaltungspflicht der Gemeinde, insoweit derselbe die Bedeutung eines öffentlichen Weges erlangt hat, anzunehmen ist, — eine allerdings etwas eigenthümliche Rechtserscheinung, die in dem mehrgenannten Gesetze vom 21. März 1834 nicht vorgesehen ist, sich aber dadurch erklären läßt, daß weder die Pflicht der Privatpersonen durch die vermehrte Benutzung erschwert werden darf, noch umgekehrt dieselbe bis dahin durch irgend einen liberatorischen Akt jenen Privatpersonen abgenommen worden wäre (vide analogen Fall in Seuffert's Bd. XI, Nr. 136); *)

daß die Beklagten nicht bestreiten, daß ein Jeder von ihnen sich gegenwärtig im Besitze eines bestimmten Theiles des untern Kastenhofes befinde, welcher in seiner Gesammtheit im Jahre 1818 dem in Motive 3, litt. a, erwähnten Kastenbauer Dolder angehört hatt, — dagegen ihre Einwendung, daß weitere Theile des nämlichen Kastenhofes im Besitze von dritten Personen seien, welche nicht mit in das Recht gefaßt werden, deßhalb nicht von Bedeutung ist, weil die Beklagten nur „insoweit es sie betrifft" belangt werden;

daß in dem administrativ richterlichen Streite, welcher durch Entscheid des Regierungsstatthalteramtes Wangen vom 22. Juli 1871 seine Erledigung gefunden hat, verschiedene Personen in ihrer Eigenschaft als Bewohner der hinter dem streitigen Wege

*) Der erwähnte Fall bezieht sich nur auf die Umwandlung eines Privatweges in einen öffentlichen. Dagegen wird sich kaum ein Urtheil finden, wodurch ausgesprochen würde, daß die Verpflichtung einen Privatweg zu unterhalten auch dann noch fortdaure, wenn derselbe zu einem öffentlichen geworden ist.

Digitized by Google

liegenden Ortschaften Breitenegg und Rüedisbach, sowie Johannes Hofer im Grütt, als Kläger, gegen die Ortsgemeinde Riedtwyl, als Beklagte, aufgetreten sind, und gestützt auf das Gesetz über den Straßen- und Brückenbau vom 21. März 1834 die öffentlich-rechtliche Pflicht zur Unterhaltung des betreffenden Weges einklagten, während in dem gegenwärtigen Processe ab Seite der Ortsgemeinde Riedtwyl gegen die Beklagten, als Besitzer von pflichtigen Liegenschaften, gestützt auf privatrechtliche Titel, die Unterhaltungspflicht am fraglichen Wege eingeklagt wird, somit weder Identität der Personen, noch des Klaggrundes und Klaggegenstandes vorliegt, und überdieß das betreffende regierungsstatthalteramtliche Urtheil das Regreßrecht gegen diejenigen Personen oder Güter, die der Unterhaltungspflicht überführt werden können, ausdrücklich wahrt.

22) Verspätete Lieferung bestellter Waaren berechtigt zum Rücktritt vom Vertrage, selbst dann, wenn der Besteller auf die Anzeige, daß die Bestellung nunmehr werde effectuirt werden, wenn er damit einverstanden sei, und auf die Aufforderung, eine bestimmte Weisung zu ertheilen, die Antwort schuldig geblieben ist.

Lecomte gegen Schweizer.
(31. Mai 1877.)

Im August 1872 bestellte Louis Schweizer, Gärtner in Bern, bei Louis Lecomte, Handelsgärtner in Dijon, Baumsetzlinge für einen Betrag von Fr. 506. Nach den Angaben des Verkäufers sollten dieselben im Herbst geliefert werden und zwar zu einer Zeit, welche ihm am bequemsten sei. Den 5. Oktober schrieb nun Lecomte an Schweizer: „Die Trockenheit hat nicht gestattet, im Monat September Bäume auszugraben, weder grüne noch andere. Gegenwärtig, da es geregnet hat, werde ich, falls Ihnen dieß beliebt, alle Bäume, welche Sie bei mir bestellt haben, ausgraben und auf einen Waggon laden lassen, um sie Ihnen zu senden. Ich denke, daß Sie damit einverstanden sein werden; in jedem Falle aber schreiben Sie mir ein Wort, um mir zu sagen, was ich thun soll." Nachdem er lange auf eine Antwort gewartet hatte, sandte Lecomte endlich am 6., 7. und 8. November 1872 die Bäumchen an die Adresse des Bestellers nach Bern. Letzterer refüsirte die Waare, weil sie zu spät gesandt worden sei, da er, der Besteller, sie in der ersten Hälfte des

Digitized by Google

Monats Oktober zu erhalten gewünscht habe. Die Bäumchen wurden nun öffentlich versteigert und sodann die Betreibung gegen Schweizer angehoben.

Ueber die gelieferte Waare gab Gärtner Bratschi folgendes Gutachten ab: „Die fragliche von mir untersuchte Waare ist nicht von erster, aber immerhin von guter Qualität und unverdorben, und es entspricht der Facturpreis dem wirklichen Werthe derselben. Der Preis muß im Allgemeinen sogar als ein billiger bezeichnet werden."

Der Beklagte, Schweizer, machte geltend, es sei die Sendung nicht vollkommen nach Bestellung effectuirt worden und es habe dieselbe, statt im September und Oktober, erst im November stattgefunden. Den Brief vom 5. Oktober 1872 habe er allerdings erhalten, allein er habe auf denselben nicht geantwortet, weil er sich an den mit dem Kläger verabredeten Bestellungsvertrag gehalten habe. Da nun die Waare zu spät angelangt sei, so sei er nicht mehr zur Annahme verpflichtet gewesen, vielmehr berechtigt, eine Schadenersatzforderung zu stellen.

Der Appellations- und Cassationshof fand die Beweisführung mit Bezug auf die convenirte Lieferfrist unvollständig und legte dem beklagten Schweizer den Ergänzungseid auf nach folgender Formel:

Moi, Louis Schweizer, j'affirme par un serment solennel devant Dieu, qui connaît tout, que je tiens pour vrai, au plus près de ma conscience, le fait que, suivant une convention arrêtée avec le demandeur Lecomte, une partie de la marchandise devait déjà être livrée dans le courant du mois de septembre et l'autre au commencement d'octobre, aussi vrai que Dieu m'assiste, sans dol ni fraude.

Nach Ableistung des Eides durch Schweizer wies der Appellations- und Cassationshof sowohl die Klage des Lecomte, als auch die widerklagsweise angebrachte Schadenersatzklage des Schweizer ab.

Motive:

Daß was den Umfang der Bestellung und Lieferung anbetrifft, der Beklagte die Bestellung von 12 Vogelbeerbäumchen und 1 pliant de voyage bestreitet, hinwieder zugestandenermaßen bestellte 12 abies balsamea nicht geliefert worden sind;

daß nach dem Ergebniß der Beweisführung angenommen werden muß, die Bestellung sei in dem Umfange erfolgt, wie der Kläger behauptet, und daß, was den nicht ausgeführten

Digitized by Google

Theil der Bestellung anbetrifft, dieser für den Beklagten von so untergeordneter Bedeutung erscheint, daß eine Verweigerung der Annahme der ganzen Sendung dadurch nicht gerechtfertigt wird;

daß nun, was den Zeitpunkt der Lieferung anbetrifft, der Kläger behauptet, die Waare sollte im Herbst geliefert werden, und zwar zu einer Zeit, welche dem Versender am zweckmäßigsten erscheinen würde, wogegen der Beklagte behauptet, die Lieferung sollte zum Theil schon im Monat September, zum Theil Anfangs Oktober stattfinden;

daß der Kläger dem Beklagten durch Brief vom 5. Oktober mitgetheilt hat, die Trockenheit habe nicht gestattet, im Monat September Bäume auszugraben, weder grüne noch andere, jetzt aber werde er ihm alle Bäume ausgraben und auf einen Waggon laden lassen und ihm zusenden, — er möchte ihm aber zuerst schreiben, was er thun solle;

daß auf das Stillschweigen des Beklagten die Versendung dann erst am 9. November erfolgte, worauf der Letztere die Annahme verweigerte;

daß das Beweisverfahren hergestellt hat, daß für das Verpflanzen von Coniferen, welche einen großen Theil der Sendung bildeten, der Monat November jedenfalls ein zu später Zeitpunkt ist; daß hiefür vielmehr der Monat August oder die erste Hälfte September gewählt werden muß;

daß deßhalb, angenommen auch, die Wahl des Zeitpunktes der Versendung sei dem Kläger zugestanden, dieselbe zu spät erfolgt ist, indem der Kläger gehalten war, einen unserem Klima entsprechenden Zeitpunkt zu wählen, in welchem eine Verpflanzung der Bäume noch möglich gewesen wäre, der Monat November übrigens auch nicht mehr zum Herbst gerechnet werden kann;

daß dem Kläger der Beweis seiner Behauptung über den Zeitpunkt, auf welchen geliefert werden sollte, auch nicht gelungen ist, indem der Beklagte in dem als Beweismittel angeführten Brief vom 12. November 1872 behauptet, die Waare hätte in der ersten Hälfte des Oktobers geliefert werden sollen;

daß dagegen für die Behauptung des Beklagten, die Coniferen hätten bereits im September und der übrige und größere Theil aber Anfangs Oktober geliefert werden sollen, folgende Umstände sprechen:

a. nach dem bereits angeführten Expertenbefund ist der späteste Zeitpunkt zur Verpflanzung von Coniferen in unserer Lage

Digitized by Google

der Monat September und es ist nicht anzunehmen, daß einem erfahrenen Handelsgärtner, wie der Beklagte, diese Thatsache nicht bekannt gewesen ist, daß er seine Bestellung nicht demgemäß eingerichtet hat;

b. mit Brief vom 5. Oktober entschuldigt sich der Kläger, daß er die Bäumchen „ni arbres verts ni autres“ nicht im September habe ausreißen können;

c. aus dem Bestellzettel, welchen der Beklagte zu seinem Behelf geschrieben und hinter sich behalten, hervorgeht, daß die Lieferung des größeren Theils Anfangs Oktober, diejenige der Coniferen im September habe stattfinden sollen;

d. mit dieser Eintragung diejenige im Carnet des Klägers, von welcher dieser eidlich ausgesagt, sie habe stattgefunden in Anwesenheit und unter dem Diktat des Beklagten, nicht im Widerspruch steht, weil ein Zeitpunkt der Lieferung dort gar nicht angegeben, sondern nur bemerkt ist, „expédier après avis“, worunter ebenso gut der vom Beklagten behauptete, damals bereits bestimmte, im Carnet des Klägers aber nicht angemerkte Zeitpunkt, als auch ein erst durch den Beklagten noch zu bestimmender verstanden werden kann, jedenfalls wurde es nicht in das Belieben des Klägers gestellt, den Zeitpunkt der Lieferung selbst zu bestimmen;

e. die Lieferung auch in anderer Beziehung nach der eigenen Eintragung des Klägers nicht nach Bestellung stattgefunden hat, indem die Coniferen „grande vitesse“ versandt werden sollten, während dieß nach dem Resultat der Beweisführung nicht geschehen ist;

daß über die übereingekommene Zeit der Lieferung immerhin noch Zweifel bestehen, daß aber die größere Wahrscheinlichkeit zu Gunsten des Beklagten spricht.

Anmerkung. Die Nichtbeantwortung des Briefes vom 5. Oktober durch Schweizer widerspricht der bona fides, welche in Handelssachen beobachtet werden soll und vorausgesetzt werden darf. Würde das Verhalten Schweizers den im Handelsverkehr üblichen Grundsätzen entsprochen haben, so würde die Lieferung entweder unterblieben oder rechtzeitig eingetroffen sein.

K.

Digitized by Google

Juni 1877.

23) Realarrest gegen einen Concursiten unzulässig und daher cassirt. Augenscheinlicher Vermögensverfall.

Méras-Delafond gegen Bérard.

(7. Juni 1877.)

Herr Méras-Delafond wirkte gegen den Concursiten Bérard-Genton für eine Bürgschaftsschuld einen Realarrest aus auf das Vermögen des Schuldners, und es wurde ihm in Folge dessen von dem Weibel am 19. September 1876 die Besoldung von Fr. 250 für den Monat September und je Fr. 100 von der Besoldung der folgenden Monate gepfändet. Da Bérard seit dem 14. Oktober 1874 im Geltstag lag, so bestritt er die Gültigkeit des herausgenommenen Arrestes und lud den Arrestnehmer zur Cassation desselben vor Richteramt Bern. Méras-Delafond schloß dagegen auf Bestätigung des Arrestes und machte namentlich geltend: Bérard sei seit Eingehung der fraglichen Bürgschaftsschuld in augenscheinlichen Vermögensverfall gerathen und sei keine Aussicht vorhanden, bei ihm im ordentlichen Rechtswege zur Bezahlung zu gelangen. Gestützt auf diesen Umstand sei der Arrest ausgewirkt und vollzogen worden.

In erster Instanz wurde dem Bérard sein Cassationsbegehren zugesprochen und dieses Urtheil oberinstanzlich bestätigt.

Motive:

Daß Méras-Delafond an Charles Bérard Fr. 365. 90 fordert und dafür einen Realarrest erwirkte, indem er des Letztern Besoldung von Fr. 250 per Monat bis zur Bezahlung der Schuld mit Beschlag belegen ließ;

daß aber keiner der in § 610 V.-V. vorgesehenen Fälle vorhanden ist, und insbesondere der in Ziffer 4 erwähnte „augenscheinliche Vermögensverfall" nur auf die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners vor Anrufung des Geltstages Bezug hat;

daß es sich auch nicht um „neu erworbenes Vermögen des Schuldners" handelt, welches der Richter gemäß § 599 V.-V. auf Begehren eines Gläubigers mit Beschlag belegen soll, weil:

a. Méras-Delafond nicht Geltstagsgläubiger des Bérard ist, indem er seiner Zeit keine Eingabe in dessen Liquidation besorgt hat und

Digitized by Google

b. der § 598 V.-V. den Erwerb des Schuldners diesem zur freien Verfügung überläßt;

daß somit das eingeschlagene Verfahren nicht zulässig ist, wobei es aber dem Méras-Delafond unbenommen bleibt, den Schuldner auf dem gewöhnlichen Betreibungswege zu belangen.

Bemerkung. Die Motive sagen, es handle sich nicht um neu erworbenes Vermögen des Schuldners, welches der Richter gemäß § 529 V. V. auf Begehren eines Gläubigers mit Beschlag belegen solle, weil Méras nicht Geltstagsgläubiger des Bérard sei, indem er seiner Zeit keine Eingabe in dessen Liquidation besorgt habe. Daraus scheint hervorzugehen, daß das Gericht nur demjenigen Gläubiger das Recht auf später erworbenes Vermögen des Schuldners zuerkennt, welcher eine Eingabe in den Geltstag besorgt hat; darin würde ferner liegen, daß dem Geltstagsgläubiger ein ausschließliches Recht auf das spätere Vermögen des Schuldners zustehe. Diese Ansicht kann aber nicht gebilligt werden.

Nach § 550 V. V. wird den Gläubigern das Vermögen des Schuldners zur Vertheilung überlassen, es dient ihnen als Befriedigungsobjekt. Diese Berechtigung ist eine ausschließliche mit Bezug auf dasjenige Vermögen, welches im Augenblick der Konkurseröffnung vorhanden ist. Dagegen sind die Gläubiger, welche im Augenblick der Geltstagserkennung Forderungen zu stellen haben, nicht auch ausschließlich auf dasjenige Vermögen berechtigt, welches der Schuldner während der Liquidation oder nach durchgeführtem Geltstage erwirbt. Vorerst haben sie nicht auf alles spätere Vermögen des Schuldners ein Recht, und sodann kein ausschließliches.

Zu dem Vermögen, welches später zur Befriedigung von Gläubigern herbeigezogen werden kann, darf der Erwerb durch Arbeit nicht gerechnet werden.

Zeitschrift für vaterl. Recht X. 33, XV. 58; des bern. J.-V. II. 47, IV. 189.

Es ist daher nicht gestattet, Besoldungen von Konkursiten ganz oder theilweise mit Beschlag zu belegen, denn abgesehen davon, daß eine noch zu verdienende Besoldung kein Vermögen ist, so ist sie auch als Erwerb durch Arbeit dem Gläubiger entzogen. Ferner kann neues Vermögen des Schuldners nicht ohne weiteres in eine Nachliquidation gezogen werden, sondern der Richter hat eine neue Verfügung zu erlassen, wodurch die neue Liquidation auf Begehren eines Gläubigers anzuordnen ist.

Digitized by Google

Diese nachträgliche Liquidation, die Nachgeltstag genannt wird, ist keine bloße Fortsetzung des ursprünglichen Geltstages, sondern nur eine Folge der Geltstagserkennung. Zur Geduld gewiesene Gläubiger können daher ihre Forderungen geltend machen, und Anweisung nach ihrem Range verlangen; mit ihnen können aber neue, seitherige, Gläubiger konkurriren und ebenfalls nach ihrem Rang Anspruch auf Befriedigung erheben. Da endlich die Liquidation von nachträglich zum Vorschein gekommenem oder erworbenem Vermögen eine selbstständige Operation ist und nur in Folge besonderen richterlichen Dekretes erfolgen kann, so ist auch der jeweilige Richter des Wohnsitzes kompetent und nicht derjenige, welcher seiner Zeit den Geltstag erkennt hat. VI. 51, 22. Januar 1870. Hieraus ergibt sich, daß die Annahme des Appellations- und Kassationshofes, es seien unter den Gläubigern des § 599 V. V. nur die ursprünglichen Geltstagsgläubiger verstanden, nicht als eine richtige anerkannt werden kann. K.

24) Wittwen sind für ihre Handlungen an die Einwilligung ihrer Kinder gebunden. Bei Unterlassungen dagegen treten die gesetzlichen Folgen ein, ohne Rücksicht auf den Willen der unterlassenden Person. Notherbrecht der Ehefrau durch Concurs des Ehemannes nicht aufgehoben.

Anna Schumacher geb. Marti gegen A. Probst.

(8. Juni 1877.)

Motive:

Daß nach Satz. 516, 517 und 523 Frau Anna Schumacher geb. Marti die Eigenschaften eines Notherben ihres verstorbenen Ehemannes Samuel Schumacher hat;

daß sie somit nach Satz. 635 C. verpflichtet war, binnen der in Satz. 633 C. erwähnten Nothfristen die Erbschaft auszuschlagen oder ein amtliches Güterverzeichniß zu verlangen, wenn sie die Erbschaft nicht antreten will;

daß das Gesetz zwischen der Erbschaft eines Concursiten und derjenigen eines aufrechtstehenden Schuldners nicht unterscheidet und die Bestimmung der Satz. 107 C., wonach die Gläubiger des Ehemannes kein Recht auf das Vermögen der Ehefrau haben,

Digitized by Google

welches ihr von dem Zeitpunkte hinweg anfällt, wo die competente Behörde den Geltstag desselben erkennt hat, sich nur auf die güterrechtliche Trennung der Ehegatten während der Ehe bezieht, keineswegs aber die überlebende Ehefrau von der Verpflichtung befreit, die Erbschaft auszuschlagen oder ein amtliches Güterverzeichniß zu verlangen;

daß auch das Emancipationsgesetz an der Erbfolge-Ordnung nichts geändert hat, sondern in Art. 5 vorschreibt, daß in den Fällen der Satz. 523 und 525 C. nach dem Absterben des Ehemannes ein amtliches Güterverzeichniß stattfinden oder doch wenigstens ein möglichst genaues Inventar durch einen Notar aufgenommen werden soll, wobei die Vormundschaftsbehörde für die nachtheiligen Folgen einer dießfallsigen Unterlassung verantwortlich erklärt wird;

daß aber auch der Art. 6 des gleichen Gesetzes auf den Fragefall keine Anwendung haben kann, weil er nur die Handlungen einer Wittwe mit Kindern, nicht aber ihre Unterlassungen und die daran geknüpften nachtheiligen Folgen im Auge hat;

daß somit Frau Anna Schumacher durch ihre Unterlassung, die Erbschaft ihres Ehemannes auszuschlagen oder ein amtliches Güterverzeichniß zu verlangen, verpflichtet ist, die Fr. 585. 30 nebst beziehendem Zins als eine auf der Erbschaft haftende und auf den antretenden Notherben übergegangene Schuld (S. 409 C.) zu bezahlen.

Bemerkung. Die gesetzlichen Folgen einer Unterlassung treten ein ohne Rücksicht auf den Willen der Person oder ihre Fähigkeit oder Unfähigkeit sich zu verpflichten. So gestattet die Nichtausschlagung einer Erbschaft von Seiten eines Notherben gar keinen Schluß auf den Willen desselben; sie begründet auch keine Vermuthung, sondern ist eine Thatsache, an welche das Gesetz gewisse Folgen knüpft. Die Erbschaftsannahme wird daher nicht vermuthet, sondern fingirt und der Unterlassende so behandelt, wie wenn er angenommen hätte. Die obligatio erfolgt nicht ex volunlate, sondern ex re und ist von der Fähigkeit, sich zu verpflichten, unabhängig; l. 46. D. 44. 7. Vrgl. Zeitschrift für vaterl. Recht IX. 361 Nobs g. Bay v. 22. Oktober 1847. XIII. 126 Franoz g. Blau v. 3. Februar 1853. Zeitschr. des b. J. V. I. 307 Brunner g. Lüdi v. 16. April 1864 und ebendaselbst S. 309 Feller g. Heiniger v. 29. Januar 1858.

K.

Digitized by Google

25) Die Anerkennung eines Buchauszuges, worin der Schuldner für Rückstände mit Zins belastet wird, gilt als Anerkennung der Zinspflicht und er wird daher zu Bezahlung der geforderten Zinse verurtheilt.

Offenhäuser gegen Jäggi-Christen.

(14. Juni 1877.)

Motive:

Daß Parteien nach der Darstellung in der Klage seit dem Februar 1872, nach derjenigen des Beklagten aber schon seit dem Jahre 1865 bis zum 15. November 1875 mit einander in fortlaufendem Geschäftsverkehr stunden, in der Weise, daß Kläger dem Beklagten Waarenlieferungen machte und ihn dafür debitirte, währenddem er den Letztern umgekehrt für seine Baarzahlungen und Abgabe von Mandaten auf dritte Personen kreditirte;

daß die offene Rechnung, welche zwischen Parteien in Folge des oben angeführten Geschäftsverkehrs bestanden hat, seit derjenigen Zeit, welche hier einzig in Betracht fällt, d. h. seit dem Februar 1872, ihren regelmäßigen Abschluß dahin fand, daß Kläger dem Beklagten jeweilen auf 30. Juni und 31. Dezember einen Rechnungsauszug zusandte, mit der brieflichen Einladung, zu prüfen, und über den daherigen Befund einzuberichten;

daß in diesen Rechnungsauszügen der Zins von dem Passivsaldo des Beklagten aus dem vorhergehenden Rechnungsabschlusse berechnet und zu dem neuen Saldovortrage hinzugeschlagen wurde, und die Summe der dießfälligen Zinszuschläge aus sämmtlichen sechs Rechnungsabschlüssen den gegenwärtigen Streitgegenstand bildet;

daß der Kläger seine Forderung zu begründen sucht in erster Linie durch die Anerkennungen des Beklagten, sodann durch die Bestimmungen des aargauischen Civilrechtes und endlich durch eine bestehende Handelsusanz, wogegen der Beklagte verneint, daß ein schriftliches Zinsversprechen im Sinne der Satz. 759 C. vorliege;

daß die in zweiter und dritter Linie geltend gemachten rechtlichen Klagsfundamente im vorliegenden Falle nicht in Betracht gezogen werden könnten, vorerst weil Kläger unterlassen

Digitized by Google

hat, nachzuweisen, daß Parteien aus irgend einem Grunde für die Beurtheilung ihrer konkreten Geschäftsverhältnisse unter die Herrschaft des aargauischen Civilrechtes gestellt seien, und sodann weil die geltenden Rechtsgrundsätze über den Zinsvorbehalt (Satz. 767 ff. C.) zu absoluter Natur sind, als daß ihnen eine Usanz des Handelsstandes derogiren könnte;

daß dagegen allerdings hinreichende briefliche Anerkennungen vorliegen, um auf dieselben gestützt, und Angesichts der Satz. 759 C. das Rechtsbegehren der Klage zuzusprechen, nämlich:

a. im Briefe des Beklagten vom 21. Januar 1874 bezieht er sich auf den Begleitbrief des Klägers zum Rechnungsauszuge pro 31. Dezember 1873, übermacht darin Fr. 300 in Baar mit dem Ersuchen ihm dieselben „gut bringen" zu wollen und verspricht für den nächsten Monat größere Anschaffungen machen zu können;

b. in demjenigen vom 6. Februar 1875 übermacht derselbe Fr. 249. 05 in Baar, ersucht um Rücksendung zweier Wechsel und verspricht einer klägerischen Zahlungsmahnung „ganz sicher diesen Monat nachzukommen;"

c. durch Brief vom 2. August 1875 übersendet der Nämliche in drei Rimessen und zusammen Fr. 500, mit Ersuchen, daß ihn der Kläger dafür erkennen wolle, — und endlich

d. auf eine ernste Zahlungsmahnung des Klägers vom Oktober 1875 erwidert der Beklagte unter dem 30. gl. Mts. wörtlich: „Auf Ihr Werthes vom 29. Oktober zeige Ihnen „an, daß meine Rechnungen nächste 2 Monate abtragen „werde. Auch denke, Sie werden mir die Zins„rechnung erlassen, da auch ich keine von meinen „Abnehmern verlangen kann 2c. 2c.;" — während umgekehrt, ausgenommen von dem Zeitpunkte hinweg, wo der Beklagte die Forderung eigentlich streitig macht — 11. November 1875 — keine von ihm herrührende Korrespondenz vorliegt, aus welcher das Gegentheil von einer Anerkennung der Zinsberechnungen des Klägers gefolgert werden könnte;

daß von dem eingeklagten Betrage von Fr. 523. 05 Seitens des Beklagten in der Hauptvertheidigung Fr. 114. 20 anerkannt worden sind.

Digitized by Google

26) Der Beklagte ist verpflichtet, neue Sicherheit zu leisten, wenn die durch Bürgschaft geleistete infolge des Geltstages des Bürgen dahingefallen ist.

Burn gegen Brunner & Hürner.)

(15. Juni 1877.)

Vrgl. VIII. 338.

In einem zwischen obigen Parteien obwaltenden Civilprocesse hatten die Beklagten Schuld- und Rechtsversicherung geleistet durch Bürgschaft. Vor Beurtheilung der Streitsache fiel der Bürge in Geltstag, und es weigerten sich nun die Beklagten, anstatt der dahin gefallenen Sicherheit eine neue zu leisten und machten geltend, sie hätten ihrer Verpflichtung Genüge geleistet. Der fragliche Bürgschaftsbrief sei in gesetzlicher Form abgefaßt und die Habhaftigkeit des Bürgen bezeugt gewesen. Daß der Bürge in Geltstag gefallen sei, müsse einem Zufall beigemessen werden, welcher vom Kläger zu tragen sei.

In erster Instanz sprach der Richter dem Kläger sein Rechtsbegehren auf Leistung anderer Sicherheit am Platz der dahingefallenen zu, unter Suspension der Kosten zur Hauptsache.

In oberer Instanz dagegen wurde das Begehren unter Kostenfolge zugesprochen.

Motive:

Daß sich die Beklagten im Termine vom 9. Hornung 1874 dem von Seite des Klägers gestellten Schuld- und Rechtsversicherungsbegehren unterzogen und als Sicherheit einen Bürgschaftsbrief auf Peter Großen, alt Gemeindrath im Hasli zu Frutigen eingelegt haben;

daß nun Peter Großen vor Beendigung des zwischen Parteien obwaltenden Rechtsstreites in Geltstag gefallen ist, was nicht bestritten wird;

daß es sich nun nicht um Errichtung einer neuen Bürgschaft, sondern um Ergänzung der dahingefallenen handelt, welcher die Beklagten, da sie sich dem ursprünglichen Schuld- und Rechtsversicherungsbegehren einmal unterzogen haben, nicht enthoben sind, abgesehen von der Frage, ob sie zur Bezahlung des ganzen Schuldcapitales nebst Zins und Folgen, oder nur zu einem Theile desselben verurtheilt werden können.

Digitized by Google

Bemerkung. Es handelte sich keineswegs um Ergänzung einer Bürgschaft, sondern um Errichtung einer neuen, da die geleistete dahingefallen war. Durch den vorliegenden Entscheid fällt die Bedeutung des unrichtigen in Bd. VIII. S. 338 mitgetheilten dahin.

27) Ein Begehren auf Cassation einer Gantsteigerung, welches sich darauf stützt, es sei der Schuldner von derselben nicht benachrichtigt worden, wird abgewiesen, wenn nachgewiesen werden kann, daß die fragliche Mittheilung der Ehefrau des Cassationsklägers mündlich gemacht worden ist.

Dubler gegen Mischler.

(15. Juni 1877.)

Motive:

Daß Jakob Dubler sein Cassattionsgesuch vorerst durch die Behauptung zu begründen sucht, die Gantsteigerungs-Publikation des Gläubigers Mischler sei ihm entgegen der bestimmten Vorschrift des § 495 V.-V. nicht gehörig, d. h. nicht schriftlich und durch Abgabe eines Doppels mitgetheilt worden;

daß indessen aus der gerichtlichen Deposition des Amtsgerichtsweibels Weber in Erlach, soviel hervorgeht, der Gantsteigerungstermin, welcher auf Verlangen des Gläubigers vom 13. auf den 20. September 1876 verschoben worden, sei in Abwesenheit des Schuldners Dubler in dessen Wohnung der Ehefrau des Letztern durch genannten Weibel in seiner amtlichen Stellung mündlich eröffnet worden;

daß Amtsgerichtsweibel Weber diese Verrichtung in seine Weibels-Controlle eingetragen hat;

daß somit constatirt ist, der Schuldner Dubler sei auf eine dem Gesetze entsprechende Weise vom Termine der Gantsteigerung „benachrichtigt" worden, indem:

a. der § 495 V.-V. eine bloße rechtzeitige Benachrichtigung des Schuldners von dem Tage der Gantsteigerung durch den Weibel vorschreibt, ohne hiefür eine Notifikation mit Abgabe eines Doppels, wie solches in den §§ 427, 443, 447, 463, 467 ff. V.-V. für die Zahlungsaufforderung und den Vollziehungsbefehl, das Pfändungsverbal für den

Digitized by Google

Schuldner und dritte Inhaber von Pfandgegenständen vorgeschrieben ist, zu fordern;

b. nicht der § 81 P. für Mittheilung von Prozeßvorkehren, sondern vielmehr der § 409 V.-V. für die Funktionen des Weibels im Vollziehungsverfahren Regel macht;

c. endlich nach Analogie der Satz. 686 C. die Förmlichkeiten eines Rechtsgeschäftes speziell vorgeschrieben werden müssen und der § 426 V.-V. in keiner Weise zu Gunsten des Cassationsklägers Dubler angerufen werden kann, weil hiefür alle Voraussetzungen fehlen.

Bemerkung. Der Weibel eröffnete der Ehefrau des Schuldners in Abwesenheit des letzteren, daß die Steigerung auf 20. September 1876 angeordnet sei; diese Verrichtung trug der Weibel in seine Kontrole ein und der Appellations- und Kassationshof nimmt an, „der Schuldner" sei auf eine dem Gesetze entsprechende Weise vom Termine der Gantsteigerung „benachrichtigt" worden.

Der Gerichtshof nimmt somit an, eine Benachrichtigung, die sich auf eine mündliche Mittheilung beschränkt, sei eine dem Gesetz entsprechende, und es mache nicht § 81 P. über die Verrichtungen der Weibel Regel, sondern § 409 V. V. Die letztere Behauptung kann nur auf einem Versehen beruhen, denn § 409 V. V. bestimmt nur, wer in Vollziehungssachen die Verrichtungen und Mittheilungen zu besorgen habe, nicht aber wie und wann dieß zu geschehen habe; darüber enthalten die „allgemeinen Grundsätze des gerichtlichen Verfahrens" in § 79 fl. die nöthigen Bestimmungen, soweit für das Vollziehungsverfahren nicht besondere Vorschriften erforderlich sind. Der Weibel hat daher seine Verrichtungen, wenn keine Ausnahmsbestimmungen Platz greifen, den Bestimmungen des ersten Hauptstückes gemäß vorzunehmen, auf welche er in § 420 fl. noch ausdrücklich verwiesen wird, mithin zu der dort angegebenen Tageszeit und in der dort angegebenen Form.

Das Gesetz unterscheidet zwischen Ladungen und Wissenlassungen, welche letztere auch bloße Ankündigungen sein können. Daß bei den ersteren die Zustellung eines Doppels stets erforderlich ist, wird nicht bestritten; ebensowenig kann aber bestritten werden, daß eine Wissenlassung oder Kundmachung oder Benachrichtigung, welche eine Partei an die andre erläßt, in zwei Doppeln zu erlassen ist und daß die Mittheilung durch Zurücklassung eines Doppels sammt Verrichtungszeugniß geschieht.

Digitized by Google

Handelt es sich nun um Mittheilung eines Steigerungstermines an den Schuldner, so hat dieselbe zu geschehen von der Partei durch den Weibel; ob durch eine förmliche Kundmachung kann zweifelhaft erscheinen, weil der Emolumentarif hiefür keine Gebühr vorsieht, sondern nur für Publikation, Einholung der Bewilligung 2c. und Beiwohnung bei der Steigerung, ein Ansatz für die Benachrichtigung des Schuldners durch den Weibel dagegen fehlt. Lassen wir daher die Frage dahingestellt, ob eine Kundmachung erforderlich sei oder nicht,*) so muß doch jedenfalls die Benachrichtigung durch den Weibel geschehen. Nun gibt es allerdings Fälle, wo die Mittheilung durch den Weibel mündlich geschehen kann, z. B. § 447 V. V., allein es gibt keinen Fall, wo eine Verrichtung des Weibels durch etwas anderes als durch ein Zeugniß bewiesen werden kann; deßhalb soll der Weibel über jede Verrichtung ein Zeugniß ausfertigen — § 81 P. Gesetz über die Amtsweibel, Amtsgerichtsweibel und die Unterweibel, Art. 20 — und dieselbe überdieß in seine Kontrole eintragen. Für die Mittheilung einer Vorkehr, mit Inbegriff der auszustellenden Zeugnisse und der Eintragung in die Kontrole, hat der Weibel eine Gebühr zu fordern von 29—58 Rp., und endlich sind es nur die Weibelzeugnisse, welche öffentlichen Glauben verdienen, nicht auch die Eintragungen, welche nur zu ihrer Kontrolirung dienen. In unserem Falle war daher die Verrichtung gar nicht bewiesen, weil kein Zeugniß ausgestellt war.

Endlich wurde die Verrichtung nicht dem Schuldner direkt gemacht, sondern zu seinen Handen seiner Ehefrau; wenn nun nach der Ansicht des Appellations- und Kassationshofes für die Weibelsverrichtungen § 409 V. V. maßgebend sein soll, welcher vorschreibt, der Weibel habe die Wissenlassungen zu besorgen, so kann dieß nur geschehen durch Mittheilung an den Betreffenden selbst, und eine solche an einen Hausbewohner wäre nicht zulässig oder nicht verbindlich. An einen Dritten zu Handen des Schuldners darf die Mittheilung nur geschehen nach den Bestimmungen der §§ 80 und 81, deren Anwendbarkeit der Gerichtshof bestreitet, oder nach Analogie des § 447 V. V. Es muß somit entweder ein Doppel oder ein Zeugniß zurückgelassen werden zu Handen des Betreffenden, und für eine bloß mündliche Verrichtung, ohne Zeugniß, findet sich im Gesetz kein Anhaltspunkt. Deßhalb darf auch nicht angenommen werden, daß die Benachrichtigung „auf eine dem Gesetz entsprechende Weise" stattgefunden habe. K.

*) In seinem Kreisschreiben vom 12. Januar 1878 scheint der Gerichtshof in Nr. V eine solche vorauszusetzen.

Digitized by Google

28) Der Depositar macht sich einer groben Nachläßigkeit schuldig, wenn er nicht verhindert, daß Käse, welche ihm zur Aufbewahrung übergeben worden sind, für seine eigenen Schulden gepfändet werden. Er wird infolge dessen zur Entschädigung verurtheilt.

Haueter gegen Wittmer.

(22. Juni 1877.)

Motive:

Daß der Beklagte zwar in erster Linie behauptet, es sei zwischen den Parteien kein Aufbewahrungsvertrag abgeschlossen worden, sondern er habe die fraglichen Käse nur aus Gefälligkeit übernommen:

daß aber der Abschluß eines Aufbewahrungsvertrages durch die übereinstimmenden Aussagen der Zeugen Bürki, Zbinden und Höfliger vollständig bewiesen ist;

daß der Beklagte die fraglichen Käse in dem von ihm gemietheten Keller zu Wünnewyl, Kt. Freiburg, unterbrachte, woselbst sie von der dortigen Käsereigesellschaft für ihre Forderung gegen den Beklagten mit Arrest belegt und am 12. August 1874 gerichtlich versteigert wurden;

daß, wenn auch nicht mit Sicherheit aus den Zeugenaussagen hervorgeht, ob der Aufbewahrungsvertrag ein entgeltlicher war oder nicht, der Beklagte jedenfalls die Pfändung und gerichtliche Versteigerung der ihm zur Aufbewahrung übergebenen Käse hätte verhindern sollen;

daß in dieser Handlung oder Unterlassung des Beklagten ohne Zweifel eine grobe Fahrlässigkeit liegt, für deren Folgen er gegenüber dem Kläger haftet;

daß zwar die Herren Lehmann in Langnau und Aeschbacher in Bern im ganz gleichen Falle durch eine rechtzeitige Vindikation den ihnen drohenden Schaden abwenden konnten;

daß aber der Beklagte aus der Unterlassung des Klägers, sein Eigenthum ebenfalls vor den freiburgischen Gerichten zu vindiziren, kein Befreiungsgrund herleiten kann, weil er als Depositar vor Allem aus die Pflicht hatte, über die Sache zu wachen, sie vor Verlust zu schützen und sie auf das Verlangen des Klägers wieder zurückzugeben;

Digitized by Google

daß der dem Kläger zugefügte Schaden einmal in dem Werthe der Käse, sodann in einer Entschädigung, welche er dem Käufer Schärer zu bezahlen hat und schließlich in den Bemühungen und Auslagen liegt, welche der Kläger wegen der in Wünnewyl mit Beschlag belegten Käse hatte;

daß der Kläger dem Beklagten nach dem Beweisresultate einundzwanzig Stück vom 1. bis 12. Oktober 1873 fabrizirte Käse im Gewicht von 125—127 Pfund und im Durchschnittspreise von Fr. 65 per Zentner zur Aufbewahrung übergeben hatte;

daß von der Entschädigungssumme, welche der Beklagte dem Kläger zu bezahlen hat, ein angemessener Betrag als Vergütung, welche der Kläger dem Beklagten für die Besorgung der Käse, das dazu verwendete Salz 2c., versprochen und anerboten hat, abzurechnen ist.

Juli 1877.

29) Actio Pauliana. Kaufvertrag abgeschlossen für den Fall, daß der Käufer als Bürge des Verkäufers in die Lage komme, für denselben Zahlung leisten zu müssen. Klage abgewiesen.

Masse Allemann gegen R. und G. Ott.

(5. Juli 1877.)

Am 23. Mai 1869 stellte Joh. Allemann in Bern der Berner Handelsbank eine Obligation aus für Fr. 25,000 und Bürgschaft der Herren R. Ott in Worb und Gottlieb Ott, Ingenieur in Bern. Am nämlichen Tage verkaufte Allemann den Bürgen seine sämmtlichen Buchdruckereigeräthschaften für den Preis von Fr. 25,000. Es wurden in dem Vertrage die Bestimmungen aufgenommen, daß wenn die Bürgen in den Fall kommen sollten, die Bürgschaftssumme ganz oder theilweise bezahlen zu müssen, die daherige Summe mit obigem Kaufpreise verrechnet werden solle; eine allfällige Kaufrestanz sei auf dreimonatliche Kündigung hin zahlbar, jedoch solle bis zur definitiven Auflösung des gedachten Bürgschaftsverhältnisses der Kaufpreis unablöslich stehen bleiben; sollte endlich das Bürgschaftsverhältniß aufgelöst werden, ohne daß die Käufer von daher Bezahlung zu leisten haben, so falle der Kaufvertrag dahin und sollen die

Digitized by Google

Herren Ott dem Herren Allemann die Kaufsobjekte in ihrem dannzumaligen Zustande wieder an die Hand geben.

Die Uebergabe der Vertragsgegenstände fand statt durch Abgabe des Inventars und der Schlüssel zu den Localitäten, in denen sich die verkauften Gegenstände befanden, und es wurden dieselben dem Verkäufer sogleich wieder um den jährlichen Zins von Fr. 3250 vermiethet. Dabei wurde convenirt, daß der Zins mit der Kapitalzinsforderung von Fr. 1250 verrechnet, die übrigen von Allemann herausschuldigen Fr. 2000 dem Herrn Siegrist-Ziegler in Bern für die Miethe des Locals, in welchem sich die Buchdruckerei befand, bezahlt werden sollten.

In Ausführung dieses Miethvertrages benutzte Allemann die verkauften Gegenstände bis zum 12. Juli 1873, wo er den Geltstag anrief, der am 26. November gleichen Jahres definitiv erkannt wurde. *)

Bei der Inventarisirung wurde erklärt, das Buchdruckereigeschäft gehöre mit allem, was sich darin befinde, den Herren Ott, weßhalb von einer admassamziehung Umgang genommen wurde. Am 18. August 1873 wurde jedoch von dem liberalen Preßverein verlangt, daß die Druckerei-Utensilien zur Masse gezogen werden. In Folge dessen fand zwar die Inventarisirung der-

*) Wenn ein Schuldner den Geltstag anruft, so kann ihm der Richter eine Frist gestatten von höchstens dreißig Tagen, wenn sich Aussicht zeigt, daß er sich mit seinen Gläubigern verständigen könne. Unter dieser Voraussetzung kann die Frist sogar auf weitere dreißig Tage verlängert werden. Ein fernerer Aufschub ist dagegen unter keinen Umständen gestattet. § 555 B.-B. Diese Bestimmung wurde durch das Gesetz vom 25. April 1854 aufgenommen in Ersetzung einer früheren, welche dem Richter einen viel größeren Spielraum ließ. Er hatte eine „mäßige Frist" zu bestimmen, die „ordentlicher Weise" nicht auf länger, als auf sechszig Tag festgesetzt werden durfte; außerordentlicher Weise konnte somit auch der Richter die Frist verlängern, und überdieß konnte der Appellations- und Cassationshof auf Ansuchen des Schuldners eine Frist von weiteren sechszig Tagen bewilligen. Diese Bestimmungen wurden absichtlich durch die jetzige Fassung des § 555 ersetzt. Demgemäß soll eine Frist nur gewährt werden, wenn Aussicht auf Verständigung da ist, und unter keinen Umständen darf das Provisorium länger als 60 Tage dauern. Hier wurde dasselbe ungesetzlich verlängert auf 136 Tage und in anderen Fällen sogar noch viel länger, ohne daß der Appellations- und Cassationshof sich zu einer Bemerkung veranlaßt gesehen hätte. Vor einiger Zeit hat der Gerichtshof dem Richteramt Büren einen Verweis ertheilt, nachdem er von der Regierung auf die Gesetzwidrigkeit gewisser Verhandlungen aufmerksam gemacht worden war und es ist zu hoffen, daß er auch andere Richterämter und Vollziehungsbeamte strenger überwache und sie an die Beobachtung gesetzlicher Vorschriften gewöhne.

Digitized by Google

selben statt, dagegen weigerte sich der Massaverwalter, gestützt auf die vorgelegten Verträge, die betreffenden Gegenstände zur Masse zu ziehen. Gestützt hierauf verkauften die Herren Ott die Druckerei, nachdem sie vorher die Forderung der Handelsbank an Allemann eingelöst und sich die gläubigerischen Rechte hatten cediren lassen.

Die Gläubiger beauftragten nun den Massaverwalter, den Rechtsweg zu betreten und folgende Begehren zur gerichtlichen Beurtheilung zu bringen:

Es sei der zwischen Johannes Allemann, gewesener Buchdruckereibesitzer in Bern, als Abtreter und den Beklagten Rudolf und Gottlieb Ott als Uebernehmer unterm 3. Mai 1869 abgeschlossene sogenannte Kaufvertrag um die dem Allemann gehörenden Buchdruckereigeräthschaften als nichtig zu erklären, und

es seien die Beklagten demzufolge zur Rückerstattung der fraglichen Buchdruckereigeräthschaften oder ihres Werthes zu verurtheilen.

Die klägerische Masse machte geltend, der angegriffene Vertrag sei rechtlich ungültig, weil er seinem Wesen nach nur als Pfandgeschäft aufgefaßt werden könne. Für die Eventualität, daß die Beklagten in ihrer Stellung als Bürgen des Allemann die Handelsbank in Bern bezahlen müssen, sei ihnen unter der Maske eines Kaufes ein Faustpfand verschrieben, und gleichzeitig, ebenfalls zum Voraus, der Preis desselben bestimmt worden. Es liege daher in Wirklichkeit ein verbotener commissorischer Vertrag vor. Auch abgesehen hievon, sei Allemann im Augenblicke der Errichtung des Vertrages bereits unter seinen Sachen gewesen und es werden daher durch den Vertragsabschluß seine übrigen Gläubiger benachtheiligt.

Die Beklagten beriefen sich dagegen auf die abgeschlossenen Kaufverträge. Der angefochtene Vertrag bilde nach Form und Wesen ein Kaufgeschäft, bei welchem der Kaufpreis creditirt und auf einen bestimmten Fall hin compensabel erklärt worden sei. Der Vertrag gehöre daher zu den erlaubten Rechtsgeschäften und es könne auch über dessen Vollziehung kein Zweifel obwalten. Daß Allemann bereits zur Zeit des Vertragsschlusses insolvent gewesen sei, wurde von den Beklagten in Abrede gestellt.

In erster Instanz wurden der klägerischen Masse ihre Rechtsbegehren zugesprochen, wobei der Richter von folgenden Erwägungen ausging:

Digitized by Google

Aus den Akten ergibt sich, daß zufolge Obligation vom 3. Mai 1869 der Buchdruckereibesitzer Johannes Allemann in Bern der Bernerhandelsbank Fr. 25,000 schuldete und sich die Beklagten für diese Summe als Bürgen verpflichteten. Am nämlichen Tage verkaufte Allemann den Beklagten seine sämmtlichen Buchdruckereigeräthschaften nach Inventar um den Preis von 25,000 Franken, von da an à 5 % jährlich verzinsbar. Dieser Preis scheint dem wahren Werthe der Gegenstände entsprochen zu haben. Die Tradition fand in gesetzlicher Weise statt. Aus den Nebenbestimmungen des Kaufvertrages und anderen zwischen den Parteien abgeschlossenen Verträgen ergibt sich aber, daß die Parteien durch den Verkauf den Zweck zu erreichen suchten, die Beklagten für ihre Bürgschaft von Fr. 25,000 sicher zu stellen; denn:

1. wurde der Kauf unter der Resolutivbedingung geschlossen, daß die Beklagten die Bürgschaftssumme bezahlen müßten: „wird indeß das Bürgschaftsverhältniß aufgelöst, ohne daß die Käufer von daher Bezahlung zu leisten haben, so fällt der gegenwärtige Kaufvertrag dahin." —
2. Die Bezahlung der Bürgschaftsschuld sollte durch Verrechnung mit dem Kaufpreise stattfinden.
3. Eine Kaufrestanz sollte bis zur definitiven Lösung des Bürgschaftsverhältnisses stehen bleiben.
4. Wurde das Verkaufsobjekt dem Verkäufer sogleich wieder vermiethet um den Zins von Fr. 3250.
5. Dieser Zins von Fr. 3250 sollte mit dem Kapitalzins von Fr. 1250 verrechnet werden, die übrigen Fr. 2000 von Allemann an Herrn Siegrist-Ziegler für die Miethe des Lokals, in welchem sich die Druckerei befand, an Stelle der Beklagten bezahlt werden.

Es fragt sich nun, ob die Erreichung des Zweckes, Sicherheit zu bestellen für eine allfällige Bürgschaftsforderung gültig und verbindlich in der von den Parteien gewählten Form geschehen kann. Diese Frage muß bei Prüfung der vorliegenden Rechtsverhältnisse als Ganzes verneinend beantwortet werden. Denn indem der offenbare Wille der Parteien darauf ging, den Beklagten durch Einräumung eines dinglichen Rechtes an den Druckereigeräthschaften Sicherheit zu verschaffen für die für Allemann zu bezahlende Bürgschaftssumme, gestaltete sich das Geschäft seiner Natur nach zu einem Pfandvertrage, und es muß die gewählte Form lediglich als ein Mittel betrachtet

Digitized by Google

werden, die wahre Beschaffenheit des Geschäftes zu verbergen.

6. Endlich ergibt sich aus den Akten, daß Allemann sich bei Abschluß der fraglichen Verträge, wenn auch nicht unter seinen Sachen, doch jedenfalls in einer ziemlich mißlichen finanziellen Lage befand, welche einen Konkurs als nicht unwahrscheinlich voraussetzen ließ.

Da Satzung 928 C. den Vorbehalt, daß die Pfandsache dem Gläubiger um einen zum Voraus bestimmten Preis eigenthümlich zufalle, wenn die Schuld am Verfallstage nicht bezahlt wird, als einen ungültigen bezeichnet, so kann das Geschäft als Pfandvertrag, als ein verbindliches nicht aufrecht erhalten werden.

In oberer Instanz dagegen wurde sie mit ihren Begehren abgewiesen unter Folge der Kosten.

Motive:

I. Daß die Frage, ob es sich um einen Kauf oder um ein Pfandgeschäft handelt, im erstern Sinne zu bejahen ist, indem:

1. auch abgesehen vom Inhalte der Vertragsurkunde die Parteien sich selbst auf diesen Standpunkt gestellt haben,
2. die Beklagten Ott in ihrer Eidesabhörung erklärt haben, daß sie und nicht Allemann Besitzer und Eigenthümer der Buchdruckereibeweglichkeiten gewesen seien und
3. die drei Zeugen, Johann Hofmann, Häberli und Häggi, übereinstimmend aussagen, es habe die Uebergabe dieser Beweglichkeiten an die Beklagten unter Beobachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten stattgefunden;

II. daß somit nur noch zu untersuchen ist, ob die Voraussetzungen der paulianischen Klage vorhanden sind und daß diese Frage zu verneinen ist, weil:

1. der Schuldner Allemann zur Zeit des Vertragsabschlusses, d. h. am 24. März 1869 noch dispositionsfähig war, indem die Anrufung des Geltstags erst vier Jahre später, resp. am 12. Juli 1873 stattgefunden hat,
2. daß nicht nachgewiesen ist, daß beide Parteien unter obwaltenden Umständen die Unredlichkeit des Rechtsgeschäfts bei einiger Aufmerksamkeit einsehen konnten (Art. 228 St.-G.-B.), vielmehr anzunehmen ist, die Insolvenz des Schuldners Allemann sei ihnen damals noch nicht bekannt gewesen,

Digitized by Google

3. daß somit die Beklagten Ott bei Constituirung ihrer Bürgschaft berechtigt waren, ihre Bedingungen zu stellen, im Gegensatze zu jenem Gläubiger oder Bürgen, der zuerst Blanco-Credit giebt, und sich später im hereinbrechenden Geltstage des Schuldners zum Nachtheile anderer Gläubiger auf widerrechtliche Weise Befriedigung verschafft,
4. daß auch die Begründetheit der Forderung der Herren Ott, als einlösende Bürgen nicht beanstandet ist,
5. auch nicht von einer Abtretung der Buchdruckereigeräthschaften unter ihrem wahren Werthe die Rede sein kann, indem deren Erlös nicht einmal genügte, um die Beklagten zu decken, diese vielmehr für einen Saldo von Fr. 1859. 90 noch Gläubiger des Geltstagers Allemann sind,
6. daß auch die von Allemann seit 24. März 1869 bis 1. Oktober 1873 gemachten neuen Anschaffungen im Schatzungswerthe von Fr. 10,410. 99, welche im Verkaufe der Beweglichkeiten Seitens der Herren Ott an Herrn Körber nicht berücksichtigt worden sind, außer Betracht fallen, indem nach der Klage selbst nicht weniger als Fr. 7830 auf Rechnung des mittlerweilen verbrauchten Druckpapiers fallen und weitere Anschaffungen über diese Summe hinaus bis zum Betrage der Fr. 10,410. 99 als Ersatz für normalen Abgang des Materials betrachtet werden können,
7. daß somit keiner der in Art. 224 St.-G.-B. vorgesehenen Fälle vorhanden ist.

30) Actio Pauliana wird abgewiesen, weil durch Assisenurtheil das Vorhandensein einer strafbaren Handlung verneint wurde*).

Massaverwaltung im Geltstag des J. v. Känel, von Aeschi, gewesenen Uhrenfabrikanten in Biel, Klägerin, gegen Samuel Flückiger, Metzgermeister in Biel, Beklagten.

(5. Dezember 1877.)

Am 22. November 1875 schloß J. v. Känel mit S. Flückiger zwei Geschäfte ab, über welche der letztere dem erstern folgende „Erklärung" ausstellte:

*) Wir lassen dieses Urtheil außer der Reihe folgen, weil es ebenfalls die Actio Pauliana zur Grundlage hat.

Digitized by Google

„Der unterzeichnete S. Flückiger, Metzgermeister und Wirth in Biel, hat folgende von Herrn Joh. v. Känel, Uhrenfabrikant in Biel schuldige“ (i. e. geschuldete) „Eigenwechsel theils als Bürge (und) theils als Indossant unterzeichnet und nunmehr zur Bezahlung übernommen:“ (folgt Aufzählung von 13 Eigenwechseln, fällig vom 8. August bis 15. November 1875, im Gesammtbetrag von Fr. 19,909).

„Sodann hat der Unterzeichnete, Herr Flückiger, ferner zur titelsgemäßen Verzinsung und Abbezahlung übernommen das laut Obligation vom 17/20. Oktober 1873 von Herrn v. Känel dem Herrn Iff von Rohrbach, Wirth in Biel, schuldige Kapital von Fr. 6000. Herr Flückiger hat demnach im Ganzen zu bebezahlen übernommen Fr. 25,909.

„Durch Ausstellung einer Pfandobligation hat Herr v. Känel dem Herrn Flückiger von dieser Summa getilgt Fr. 16,000, ferner infolge Verkauf von fertigen Uhren, laut besondern Rechnungen, resp. Fakturen Fr. 10,000, zusammen Fr. 26,000.

„Die Differenz von Fr. 91 ist von Herrn Flückiger dem Herrn v. Känel baar ausgerichtet worden.“

Einen Monat später, am 23. Dezember 1875, rief v. Känel den Geltstag an. Es ergab sich ein Aktivbestand von 114,898 Franken gegenüber einer Schuld-, resp. Ansprachensumme von Fr. 333,000.

Eine Versammlung von Geltstagsgläubigern beschloß am 21. Juli 1876, gewisse vom Gemeinschuldner abgeschlossene Geschäfte, worunter namentlich die eben erwähnten, auf dem Civil- oder Strafwege anzufechten. Auf Betreiben eines einzelnen Gläubigers wurde eine Kriminaluntersuchung gegen v. Känel und Flückiger eingeleitet. Durch Beschluß der Anklagekammer vom 28. April 1877 wurde die Untersuchung gegen Flückiger aufgehoben, v. Känel dagegen unter der Anklage des betrügerischen, eventuell des leichtsinnigen Geltstages den Assisen des IV. Bezirks überwiesen. Am 25. Mai gl. J. fand die Verhandlung vor Schwurgericht statt. Die Anklage wurde nur durch die Staatsanwaltschaft vertreten, während sich keine Civilpartei stellte. Den Geschwornen wurden unter andern die Fragen vorgelegt, ob sich v. Känel dadurch, daß er mit Flückiger die Eingangs erwähnten Geschäfte abschloß, des betrügerischen Geltstags schuldig gemacht habe. Die Geschwornen verneinten diese Fragen und erklärten den Angeklagten nur des leichtsinnigen Geltstages schuldig.

Digitized by Google

Sofort hob nun der Massaverwalter den Civilprozeß gegen Flückiger an und stellte in der Klageschrift vom Mai 1877 die Begehren, welche folgenden Streitfragen zu Grunde liegen:

1) Sind die in der „Erklärung" des Sl. Flückiger, Wirth und Metzgermeister in Biel, und des Joh. v. Känel, Uhrenfabrikant daselbst, vom 22. November 1875 erwähnten, so betitelten Machenschaften als ungültig zu erklären?
2) Ist demnach die durch Joh. v. Känel zu Gunsten des Herrn Flückiger unterm 22. November 1875 beglobte Pfandobligation für eine Summe von Fr. 16,000 aufzuheben?
3) Ist ferner der Kaufvertrag über fertige Uhren, laut besonderer Rechnungen, resp. Fakturen, für eine Summe von Fr. 10,000, aufzuheben?
4) Ist demnach Herr Flückiger zu verurtheilen, der Geltstagsmasse des Joh. v. Känel diese Waaren zurückzugeben oder aber den Anschlagspreis zu vergüten?

Zur Begründung wurden namentlich folgende Umstände geltend gemacht:

a. materielle Konkursmäßigkeit des v. Känel zur Zeit der angefochtenen Verträge, welche beiden Kontrahenten bekannt gewesen sei;
b. Flückiger sei im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch gar nicht Gläubiger des v. Känel gewesen, wenigstens nicht für die volle Summe, für welche er sich Deckung verschaffte;
c. die verkauften Uhren seien erst gegen Ende Novembers 1875 zur Nachtzeit von Flückiger abgeholt worden.

Unter diesen Umständen liege in den angefochtenen Geschäften Seitens des Geltstagers eine planmäßige Befriedigung von Gläubigern mindern Ranges vor solchen, die im Geltstag einen bevorzugten Rang haben würden, und auf Seiten des Flückiger ein widerrechtliches Sichbegünstigenlassen; Letzterer hätte bei einiger Aufmerksamkeit die Unredlichkeit des Geschäftes einsehen können. Mithin seien fragliche Verträge nach Art. 224 und 228 St.-G.-B. zu kassiren.

In seiner Antwort wies Flückiger vor Allem aus auf den Beschluß der Anklagekammer vom 28. April und auf das freisprechende Assisenurtheil hin, suchte dann die Behauptungen der Klage in Betreff der Insolvenz des v. K. zur Zeit der Verträge

Digitized by Google

zu entkräften, da derselbe sich fortwährend Illusionen über seinen Vermögensstand gemacht habe, und that dar, daß die angefochtenen Verträge durchaus realer Art gewesen, indem er die in denselben übernommenen Schulden des Geltstagers wirklich bezahlt und die gekauften Uhren eher über als unter dem wahren Werth ihm abgetreten worden seien.

Die Streitsache gelangte infolge Parteikonvention ohne erstinstanzliche Beurtheilung vor den Appellations- und Kassationshof.

Das Urtheil erfolgte durch Stichentscheid in Anwesenheit von sechs Richtern. Die Diskussion drehte sich wesentlich um die Frage, ob dem Assisenurtheil ein präjudizieller Charakter zukomme. Es wurde auf die Ausführungen von Oberrichter Moser, Zeitschrift für vaterl. Recht, n. F., Bd. II, vom Jahr 1863, Seite 367 ff. über das Verhältniß zwischen Civil- und Strafurtheil und auf die dort angeführte Literatur verwiesen, ferner darauf aufmerksam gemacht, daß das Strafurtheil nur das Nichtvorhandensein eines kriminellen Dolus festgestellt habe, während ein bloßer Civilbetrug zur Begründung der bürgerlichen Klage genüge, u. s. w. — Die Mehrheit des Gerichtes nahm dagegen an, die Klage setze nach ihrer vorliegenden Begründung und nach Art. 224 St.-G.-B. auf Seiten des Gemeinschuldners einen strafrechtlichen Dolus voraus; das fragliche Delikt könne als ein bloß kulposes gar nicht gedacht werden, und es treffe daher der Hauptfall nicht zu, in welchem nach Verneinung der Schuldfrage noch ein civiler Schadensersatzanspruch denkbar ist.

Die vom Gerichte angenommenen Motive lauten:

Die Klage auf Ungültigerklärung der am 22. November 1875 zwischen dem seitherigen Geltstager v. Känel und dem Beklagten Flückiger abgeschlossenen Verträge beruht auf Art. 228 St.-G.-B., laut welchem Rechtsgeschäfte, welche im Widerspruch mit den Vorschriften des Art. 224 vorgenommen werden, nichtig erklärt werden sollen, „wenn unter den obwaltenden Umständen alle Betheiligten deren Unredlichkeit bei einiger Aufmerksamkeit einsehen konnten."

Art. 224 St.-G.-B. setzt nun fest, welche Umstände den objektiven und subjektiven Thatbestand des betrügerischen Geltstages begründen. Wo es an einer dieser Voraussetzungen fehlt, greift also auch die Actio Pauliana nicht Platz.

Da nun das zuständige Strafgericht (Assisen des IV. Bezirks) durch freisprechendes Urtheil vom 25. Mai 1877 ausge-

Digitized by Google

sprochen hat, daß die in dem letzterwähnten Artikel vorgesehenen Umstände bei den angefochtenen Rechtsgeschäften nicht zutreffen, so kann der Civilrichter diese Frage nicht von Neuem seiner Prüfung unterwerfen, auf die Gefahr hin, zu einem widersprechenden Ergebniß zu gelangen. Das Urtheil des Strafgerichts präjudizirt in diesem Falle demjenigen des Civilgerichts, weil die Civilklage aus der strafbaren Handlung an die nämlichen Voraussetzungen geknüpft ist wie die öffentliche Klage (vergl. Hélie Traité de l'instruction criminelle § 202).

31) In denjenigen appellabeln Fällen, wo der Gerichtspräsident nicht nur Instruktionsrichter ist, sondern auch erstinstanzlich urtheilender Richter, kann gegen sein Beweisdekret das Rechtsmittel der Appellation nicht ergriffen werden. Verschließung des Forums.

Weil gegen Guggenheim.

(6. Juli 1877.)

In Sachen obiger Parteien lud Weil den Guggenheim vor Richteramt Biel zur Kassation zweier Wechselaufforderungen, die vom Richter erlassen worden waren. Zur Begründung brachte er an, er habe auf beiden Wechseln Abschlagszahlungen geleistet, welche auf denselben nicht angemerkt worden seien; deßhalb seien die Aufforderungen für den ganzen Betrag erlassen worden. Guggenheim bestritt die gegnerische Behauptung und der Richter erachtete eine Beweisführung nicht für nothwendig, weil es sich nur um die theoretische Frage handle, ob eine verbindlich erlassene Wechselaufforderung Gegenstand eines Kassationsverfahrens ausmachen könne. In Folge dessen ließ er die bestrittenen Artikel als im vorliegenden Rechtsstreit irrelevant nicht zum Beweise zu. Wegen dieser Nichtzulassung erklärte Weil die Appellation. Dieselbe wurde als unzulässig erklärt und dem Appellanten das Forum des Appellations- und Kassationshofes verschlossen.

Motive:

daß das Prozeßgesetz das Rechtsmittel der Appellation gegen die Beweisaushebung ausdrücklich nur in dem ordentlichen Verfahren kennt (§ 164 P.), dagegen in allen denjenigen Fällen, in welchen die Prozeßinstruktion vor dem urtheilenden Richter oder Gerichte selbst stattfindet (siehe z. B. §§ 143, 319 ff. und § 326 P.,

Digitized by Google

Art. 406 V. V., § 101 W. O. und Art. 45 G. O. in Verbindung mit §§ 302 und 303 P., von einer besondern Weitersziehung des Dekretes betreffend die Beweisaushebung überall nicht die Rede ist;

daß diese Unterscheidung in der Natur der Sache begründet ist, indem bei dem ordentlichen Prozeßverfahren die Instruktion des Prozesses, im Gegensatze zu der Beurtheilung desselben, einem besondern Instruktionsrichter übertragen ist, welchem für den wichtigsten Theil derselben (den Beweisentschied) eine zweite Instruktionsinstanz übergeordnet wird, während in den übrigen Fällen die Weitersziehung des Beweisaushebungsdekretes, ausgefällt von dem urtheilenden Gerichte selbst, eine unzulässige Beeinflussung des Urtheils der ersten Instanz zur Folge haben müßte;

daß sich der Ausschluß einer besondern Appellation über die Beweisaushebung auch vom Standpunkte einer raschern Abwicklung der Geschäfte aus rechtfertigt und derselbe sowohl bei den Vor- und Zwischenfragen im ordentlichen Prozesse, als namentlich bei den Streitigkeiten aus dem Wechselexekutions- und Vollziehungsverfahren besonders in den Vordergrund gestellt werden muß;

daß denn auch das Gericht schon bei verschiedenen Anlässen dieser Art der Weiterziehung über die Beweisaushebung sein Forum verschlossen hat, in der Meinung, daß der erstinstanzliche Richter in der Würdigung der angebrachten Thatsachen und der Anordnung einer Beweisführung freie Hand haben solle, wogegen dann auch die obere Instanz, wenn sie es zu ihrem Urtheile für nöthig erachtet, in geeigneter Form für die Beibringung von weitern Beweisen sorgt.

Bemerkung. Es ist richtig, daß der Appellations- und Kassationshof schon wiederholt in diesem Sinne entschieden hat, und es ist daher zu untersuchen, ob diese Praxis mit den Bestimmungen des Gesetzes im Einklang oder im Widerspruch sich befindet.

In einem Ehesteuerprozeß Heß gegen Heß wurde dem Kläger, welcher gegen den Beweisentscheid des Amtsgerichtes Wangen die Appellation erklärt hatte, das Forum verschlossen.

In Betrachtung:

Daß in den Ehesteuerprozessen, wie in den übrigen durch § 45 der Gerichtsorganisation vom 31. Juli 1847 dem Amtsgericht zur erstinstanzlichen Verhandlung und Beurtheilung über-

Digitized by Google

wiesenen Streitsachen, das durch §§ 298 fl. P. vorgeschriebene Verfahren stattzufinden hat.

Daß mithin die Verfügung des Amtsgerichts, ob, von welcher Partei und über welche Thatsachen ein Beweis zu führen sei, nicht als Beweisentscheid im Sinne der §§ 172 fl. P. aufzufassen ist und sich daher nicht zur Appellation eignet.

Daß es dagegen dem Appellations- und Kassationshof unbenommen bleibt in der Appellationsinstanz ein weiteres ihm nothwendig erscheinendes Beweisverfahren anzuordnen, §§ 303 und 309 P. und § 45 der Gerichts-Organisation.

In einer anderen Streitsache, betreffend Kassation eines Bestandverbotes hatte der Kläger gegen den Beweisentscheid des Gerichtspräsidenten von Biel die Appellation erklärt. Der Kassationsbeklagte hatte gegen N. ein Bestandverbot ausgewirkt, dessen Kassation letzterer verlangte, behauptend in Art. 19: der Beklagte habe die betreffenden Räumlichkeiten nicht dem vergeltstagten N., dem heutigen Vorlader, hingeliehen, und es sei ein Vertrag nicht zwischen den Parteien, sondern zwischen dem Beklagten und der Frau des Vorladers zu Stande gekommen, ein Miethzins aber nicht ausbedungen worden. Frau N. sei Uhrenmacherin und es sei zwischen ihr und dem Beklagten vereinbart worden, daß letzterer ihr während des Laufes der Miethe immer genügend Arbeit geben und der Lohn dieser zugesicherten Arbeit den Miethzins in Geld ersetzen sollte. Diese Behauptung wurde dem Kassationskläger zum Beweise aufgegeben, wogegen derselbe die Appellation an den Appellations- und Kassationshof erklärte. In oberer Instanz wurde nun folgendes Urtheil ausgefällt:

in Betrachtung:

Daß es sich um eine Streitigkeit über ein Bestandverbot handelt, welche nach § 649 V.-V. in dem durch § 406, vergleiche § 143 P. vorgesehenen Verfahren erledigt werden soll;

daß in diesem Verfahren ein förmlicher Beweisentscheid im Sinne des § 173 P. P. nicht erlassen werden soll und folgeweise auch eine Appellation gegen die bezüglichen Verfügungen des Richters nicht stattfindet;

in Abänderung des erstinstanzlichen Beweisentscheides,

erkennt:

Der Beklagte Otto von Waldkirch hat das Gegentheil des Art. 19 der Replik zu beweisen.

Digitized by Google

Die von demselben angerufenen Beweismittel sind als solche zugelassen.

Derselbe hat die Rekurskosten an den Kassationskläger J. N. zu bezahlen.

In materieller Beziehung ist der Entscheid unrichtig. Der Beklagte hat die Begründetheit des Bestandverbotes nachzuweisen, somit, daß die Voraussetzungen eines solchen vorhanden seien, und dazu gehört auch das Vorhandensein eines Bestandverhältnisses. Wenn nun der Kassationskläger sich nicht damit begnügt, die behauptete Thatsache zu verneinen, sondern ein ganz anderes Rechtsverhältniß behauptet, so hat er den Beweis dieser von ihm behaupteten Thatsache zu übernehmen, und zwar als Gegenbeweis. Dem Waldkirch konnte daher nur der Beweis der von ihm behaupteten Thatsachen zugemuthet werden, somit der Beweis eines Bestandverhältnisses, nicht aber der Beweis des Gegentheils der von N. behaupteten Thatsachen. Der erstinstanzliche Beweisentscheid war somit vollkommen richtig.

In einer Vollziehungsstreitigkeit — Cassation des Vollziehungsverfahrens für einen Betrag von Fr. 11,616. 45 — erhob der Cassationsbeklagte eine Beweiseinrede, „es solle erkennt werden, die Vorladerin sei nicht berechtigt, zu den von ihr behaupteten Thatsachen Zeugen oder Parteieid anzurufen." Diese Beweiseinrede wurde von Richteramt Bern zugesprochen, worauf die Cassationsklägerin die Appellation erklärte. In oberer Instanz wurde ihr jedoch das forum des Appellations- und Cassationshofes verschlossen.

In Betrachtung:

Daß es sich um eine Streitigkeit im Vollziehungsverfahren handelt, die nach § 406 V.-V., vrgl. § 143 P., zu verhandeln ist;

daß in derartigen Streitigkeiten, gemäß mehreren in neuerer Zeit ausgefällten hierseitigen Entscheiden eine Appellation gegen die Verfügung des Richters über die Beweisführung überhaupt nicht gestattet ist und daher dem Richter auch die Bestimmung über Zulässigkeit der Beweismittel, vorbehältlich allfälliger Beschwerdeführung, zugestanden werden muß. (Erbschaft Bigler gegen Stuber, 4. August 1878.)

Nach diesem Urtheil wird nur die Appellation ausgeschlossen, die Beschwerdeführung dagegen zugelassen, mithin die Möglichkeit einer Abänderung des erstinstanzlichen Beweisentscheides zugestanden.

Ein letztes Urtheil ist besonderer Beachtung werth.

Digitized by Google

Den 14. Juli 1877 erschien Daniel Hofstetter gegen Rosette Hofstetter, geb. Stalder, seine Ehefrau, vor Amtsgericht Langnau und stellte das Begehren:

„Es sei zu erkennen, das von der Beklagten unterm 27. Dezember 1876 geborne, im Civilstandsregister von Bern auf den Namen „Gotthelf" als eheliches des Klägers und der Beklagten eingetragene Kind sei nicht ehelichen Standes und theile nicht den Stand des Klägers." Nach Schluß der Parteivorträge fällte das Amtsgericht in Sachen den Beweisentscheid aus, gegen welchen Frau Rosette Hofstetter, geb. Stalder, die Appellation erklärte.

In oberer Instanz wurde ihr von Amtes wegen das forum verschlossen.

In Betrachtung:

Daß die vorliegende Streitigkeit nach § 45 G.-O. im summarischen Verfahren verhandelt wird, mithin nach § 303 P. eine Appellation über das Beweisdekret des Amtsgerichts nicht stattfindet.

Mit Unrecht beruft sich das Urtheil auf § 303 P., d. h. auf das amtsgerichtliche Competenzverfahren, denn wäre auch die Anfechtungsklage im summarischen Verfahren vor Amtsgericht zu instruiren, so wäre sie von diesem Gericht doch nicht endlich, sondern nur erstinstanzlich zu beurtheilen, so daß von Anwendung des § 303 P. keine Rede sein kann.

Allein wir theilen auch die Ansicht, daß derartige Streitigkeiten gestützt auf Art. 45 G.-O. in das amtsgerichtliche Verfahren zu verweisen seien, durchaus nicht. Dorthin gehören die Ehe- und Vaterschaftsstreitigkeiten, sowie die Streitigkeiten zwischen Eltern und Kindern in Betreff der Ausrichtung von Ehesteuern oder von Alimentationsgeldern. Dabei wird für die wichtigsten Ehestreitigkeiten, nämlich die Ehescheidungsprozesse eine Ausnahme gemacht, indem dieselben ordentlicher Weise im sogen. ordentlichen Verfahren und nur ausnahmsweise, wenn die Parteien dahin übereingekommen sind, im summarischen Verfahren zu verhandeln sind.

Es bleibt somit noch die Einstellung, die zeitweise Scheidung von Tisch und Bett als Ehestreitigkeit übrig, denn Streitigkeiten, welche das Vermögen anbelangen, Sicherstellung oder Herausgabe desselben, gehören gar nicht vor den Richter, sondern sind ungehöriger Weise durch Regierungsstatthalter und Regierungsrath zu beurtheilen.

Digitized by Google

Ehestreitigkeiten sind ferner nur zwischen Ehegatten möglich, während der eheliche Stand eines von der Ehefrau geborenen Kindes selbst nach Auflösung der Ehe möglich ist. Der Ehemann kann sie anheben nach dem Tode der Frau oder nach stattgefundener Scheidung, und die Verwandten des Ehemannes sind zur Klage berechtigt nach dem Tode desselben. In beiden Fällen kann von einer Ehestreitigkeit keine Rede sein, denn Tod oder Scheidung machen ihnen ein Ende.

Ebenso wenig handelt es sich um eine derjenigen Streitigkeiten zwischen Eltern und Kindern, welche im summarischen Verfahren zu behandeln sind, denn hieher gehören nur solche über Ehesteuern und über Alimentationsbeiträge.

Die streitige Frage war eine Statusfrage, ein Streit über den ehelichen Stand eines Kindes, und diese Streitigkeiten sind nicht in's summarische Verfahren gewiesen, sondern gehören — trotz Leuenberger II. 2, S. 160 — in das ordentliche Verfahren, und es findet der Art. 45 G.-O. auf sie keine Anwendung.

Da nun nach unserem Recht die Parteien das einzuschlagende Verfahren nicht frei und willkürlich bestimmen können, so hätte der Appellations- und Cassationshof die betreffende Prozedur kassiren und die Parteien von Amtes wegen auf den richtigen Weg weisen sollen, statt sie durch Anführung des § 303 P. erst recht in die Irre zu führen.

In formeller Beziehung ergiebt sich aus den mitgetheilten Urtheilen, welche die neue Praxis inauguriren, daß nach der Ansicht des Appellations- und Cassationshofes in appellabeln Streitsachen, welche vor dem Gerichtspräsidenten oder vor Amtsgericht zu instruiren und erstinstanzlich zu beurtheilen sind, grundsätzlich ein Rechtsmittel gegen einen Beweisentscheid nicht zulässig ist, daß aber dem Appellations- und Cassationshof das Recht zustehen soll, entweder dem Rekurrenten das forum zu verschließen oder die Appellation trotz ihrer Unzulässigkeit zu berücksichtigen und den Beweisentscheid abzuändern, oder gegen den Beweisentscheid die Beschwerdeführung zuzulassen, oder endlich in der Appellationsinstanz ein weiteres ihm zweckmäßig scheinendes Beweisverfahren anzuordnen. Eine Praxis, welche auf diese Weise sich einführt und zum Erstaunen des rechtsuchenden Publikums jedes Verfahren für möglich erklärt, nur das gesetzlich vorgeschriebene nicht, kann weder auf Zustimmung, noch auf langes Leben Anspruch machen.

Als Samuel Johnson in einer Kneipe unweit Oxford ein mißrathener Hammelsbraten vorgesetzt wurde, fuhr er zornig den Kellner an: „It is as bad as bad can be. It is ill-fed, ill-

Digitized by Google

killed, ill-kept and ill drest. Hätten ihm statt des Bratens diese Urtheile vorgelegen, so würde er sich kaum weniger energisch geäußert haben.

Diese Rechtssprechung widerspricht dem Gesetz.

Der Appellations- und Cassationshof wendet nicht bestehendes Recht an, sondern erlaubt sich dasselbe durch ein neues zu ersetzen. Es ist nicht richtig, daß das Prozeßgesetz das Rechtsmittel der Appellation gegen die Beweisaushebung nur in dem ordentlichen Verfahren kenne, nicht aber in denjenigen Fällen, in welchen die Prozeßinstruktion vor dem urtheilenden Richter oder Gerichte selbst stattfindet. Die Verfügung, welcher der Richter bei Zwischengesuchen über die Nothwendigkeit einer Beweisführung, Aushebung von Beweissätzen u. s. w. trifft, ist eine Sentenz, gegen welche in appellablen Fällen ein besonderer Rekurs zulässig ist. Das Gericht hat kein Recht, den Art. 143 P., zweites Alinea, nur auf Endurtheile zu beziehen, und nicht auch auf Zwischenurtheile, denn nach Art. 341 P. ist bei solchen die Appellation nur dann ausgeschlossen, wo die endliche Beurtheilung einer Vor- oder Zwischenfrage dem Gerichtspräsidenten ausdrücklich übertragen ist, was bei Beweisentscheiden in appellabeln Fällen nicht der Fall ist, z. B. in Paternitätsstreitigkeiten, Streitigkeiten, die in Folge des Vollziehungsverfahrens entstehen, Ehescheidungen u. s. w. In diesen Fällen kann gegen das Beweisinterlocut des Richters appellirt werden.

Die Rechtsprechung ist inconsequent.

Ist das richterliche Beweisintercolut nicht appellabel, so erwächst es in Rechtskraft und der Appellations- und Cassationshof hat kein Recht dasselbe abzuändern, sondern er muß der appellirenden Partei das Forum verschließen und die Streitsache intakt lassen; von einer Abänderung des Beweisinterlocutes kann daher keine Rede sein. Dessenungeachtet fällt der Appellations- und Cassationshof in Sachen Waldkirch ein Urtheil aus, wodurch die Beweislast geändert, über die Beweismittel endlich entschieden und überdieß der Gegner der appellirenden Partei zu den Kosten des Rekurses verurtheilt wird. Ist die Ansicht des Appellations- und Cassationshofes prinzipiell richtig, so konnte er nur beim Haupturtheile modifizirend eingreifen und mußte daher den Rekurs als unzulässig abweisen unter Verurtheilung des Rekurrententen zu den Kosten. Statt dessen wird auf den Rekurs eingetreten, der Beweisentscheid abgeändert und der Gegner des Rekurrenten zu den Kosten verfällt. Dieser Entscheid entspricht dem Gesetz, aber widerspricht den neu aufgefundenen Rechtssätzen des Appellations- und Cassationshofes.

Digitized by Google

Wenn ferner der Appellations- und Cassationshof wiederholt angenommen hat, der erstinstanzliche Beweisentscheid dürfe nicht selbstständig Gegenstand eines Rechtsmittels sein, sondern allfällige Aenderungen können nur bei Ausfällung des Endurtheiles angeordnet werden, so ist es inconsequent, die Beschwerdeführung zuzulassen. Muß dem Appellanten das forum verschlossen werden, so darf aus den nämlichen Gründen der Beschwerdeführer nicht gehört werden.

Die Rechtsprechung ist endlich im Widerspruch mit dem Geist unserer Gesetzgebung, und muß das Gegentheil von demjenigen erzeugen, was der Gerichtshof anstrebt.

Der Civilprozeß gesteht der oberen Instanz das Recht nicht zu, von sich aus einen procedurlich festgestellten Thatbestand nach seinem Ermessen abzuändern, sondern er ist an diejenigen Thatsachen gebunden, welche von den Parteien angeführt, zugestanden oder bewiesen worden sind, und es kann ihr in keiner Weise das Recht zugestanden werden, „in geeigneter Form für die Beibringung von weiteren Beweisen zu sorgen." Eine solche Ergänzung oder Veränderung des procedürlichen Stoffes ist selbst in französischen Handelssachen nur den Parteien gestattet, aber nicht dem Ermessen des Richters anheimgegeben.

Wenn endlich der Appellations- und Cassationshof glaubt, es würde die Weitersziehung des Beweisaushebungsdekretes eine unzulässige Beeinflussung des Urtheils der ersten Instanz zur Folge haben, so ist uns dieses Motiv ganz unverständlich. Vorerst hat das Gericht in Sachen Waldkirch den Beweisentscheid unbedenklich abgeändert und behält sich das nämliche Recht vor, wenn derselbe auf dem Wege der Beschwerdeführung vor die obere Instanz gebracht wird, und sodann thut es das nämliche in allen Fällen, welche im ordentlichen Verfahren instruirt werden und ihrer Natur oder ihres Werthes nach appellabel sind, ohne dabei eine Beeinflussung des erstinstanzlichen Richters zu beabsichtigen oder zu fürchten. Das Urtheil der ersten Instanz wird auch in Wirklichkeit nicht beeinflußt, sondern nur der Thatbestand festgestellt, d. h. die Grundlage für die Beurtheilung des Streitfalles in unterer und oberer Instanz.

Statt einer Beeinflussung des erstinstanzlichen Richters erzeugt die oberinstanzliche Praxis das Gegentheil. Wenn der Appellations- und Kassationshof die Ansicht des erstinstanzlichen Richters nicht theilt, so würde er in die Alternative gesetzt, entweder die Beweisführung, die er für nothwendig erachten mag, selbst vorzunehmen oder die Prozedur zum Zweck dieser Ergänzung an den erstinstanzlichen Richter zurückzusenden. Diese

Digitized by Google

Umständlichkeiten müßten in vielen Fällen den Appellations- und Kassationshof veranlassen, einen erstinstanzlichen Beweisentscheid durchschlüpfen zu lassen, obschon er ihn nicht billigt, und gerade dadurch dem erstinstanzlichen Richter einen Einfluß auf den endlichen Entscheid des Appellations- und Kassationshofes gestalten, der ihm nach Sinn des Gesetzes nicht zusteht und nicht zugestanden werden kann. Endlich könnte in allen denjenigen Fällen, wo in erster Instanz ein Parteieid geleistet worden ist, von einer Nichtberücksichtigung desselben oder von Beibringung weiterer Beweise nicht die Rede sein. Es bleibt daher nichts anderes übrig, als die bisherige, mit dem Gesetz übereinstimmende Praxis festzuhalten und einen Versuch aufzugeben, an welchem nichts consequent ist, als die Inconsequenz. K.

32) Ein Weibergutsempfangschein, welcher nach Anrufung des Geltstages von dem Ehemann ausgestellt worden ist, begründet ein Vorrecht für die Hälfte des zugebrachten Gutes. Kritik dieses Urtheiles.

Maria Eggler, geb. Studer, gegen Michel und Mith.
(27. Juli 1877.)

Motive:

Daß Peter Eggler zwar seiner Frau Maria, geb. Studer, den fraglichen Weibergutsempfangschein erst am 24. Januar 1876 ausstellte, nachdem er am 17. Januar 1876 vor dem Richteramt Interlaken den provisorischen Geltstag angerufen hatte, welcher später definitiv erkennt wurde;

daß aber das Vorrecht der Ehefrau auf die Hälfte ihres zugebrachten Gutes im Gesetze begründet ist, Satz. 99 C., § 584 d. V.-V., und der Ehemann gesetzlich verpflichtet ist, dafür einen förmlichen Empfangschein auszustellen;

daß für die Erfüllung der gesetzlichen Pflicht kein Termin, noch eine Frist aufgestellt ist;

daß es sich aber aus der Natur der Sache und den angeführten Gesetzesbestimmungen ergiebt, ein solcher Empfangschein müsse jedenfalls vor der definitiven Erkennung des Geltstages ausgestellt werden, damit die Ehefrau das ihr gesetzlich zugesicherte Vorrecht im Geltstage ihres Ehemannes geltend machen könne;

daß die Ehefrau übrigens gemäß der Satz. 102 C. zu allen Zeiten das Recht hat, den Ehemann zu der Ver-

Digitized by Google

sicherung der Hälfte ihres Zugebrachten anzuhalten;

daß laut Art. 6 litt. b des Gesetzes vom 26. Mai 1848 am Platze der Errichtung eines förmlichen Empfangscheines die schriftliche Bescheinigung des Ehemannes in Vormundschaftsrechnungen, Theilungsinstrumenten u. s. w. für die Geltendmachung der bevorrechteten Hälfte des Weiberguts genügt;

daß aus dem Wortlaute dieser Gesetzesbestimmung hervorgeht, der Gesetzgeber habe den Weibergutsempfangschein als bloßes Beweismittel für die Geltendmachung des gesetzlichen Vorrechts der Frau aufgefaßt;

daß das in § 598 V.-V. enthaltene Verbot auf den vorliegenden Fall nicht angewendet werden darf, weil es sich hier nicht um die Einäumung eines Vorrechts, welches ja im Gesetze begründet ist, sondern bloß um die Bescheinigung des Zugebrachten und die Ausstellung des Empfangscheines als Beweismittel zur Geltendmachung des Vorrechts, also um keine widerrechtliche Begünstigung handelt;

daß über den Belauf des Zugebrachten gegenwärtig kein Streit obwaltet, vielmehr beide Parteien in den Art. 12 und 22 auf das später einzuleitende Manifestationsverfahren (Art. 7 des Gesetzes vom 26. Mai 1848) hingewiesen haben.

Anmerkung. Wenn wir dieses Urtheil einer Kritik unterwerfen, so geschieht es weder aus Rechthaberei, noch auch in der Hoffnung schon jetzt eine Aenderung der Praxis zu bewirken, sondern zur Rechtfertigung desjenigen Standpunktes, den wir für den richtigen halten, den der Appellations- und Kassationshof früher selbst eingenommen hat, und den wir in unseren Vorlesungen immer vertreten haben. Am Ende wird diejenige Ansicht den Sieg davon tragen, für welche die besseren Gründe, und namentlich das Gesetz selber spricht.

Der Ehemann kann die Ehefrau für die Hälfte ihrer Forderung für zugebrachtes Gut sicher stellen, entweder durch Sicherheitsleistung, oder durch Herausgabe oder durch Einräumung eines Vorrechtes im Konkurse. Es kann sich daher nur fragen, bis zu welchem Zeitpunkte können die betreffenden Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden. Dabei fällt außer Betracht die Sicherheitsleistung, welche nicht mit dem Vermögen des Ehemannes geleistet wird, sondern durch Bürgschaft Dritter, und wir haben es daher nur zu thun mit der Vermögensherausgabe und der Einräumung eines Vorrechtes.

Digitized by Google

Daß die Vermögensherausgabe bis zur Anrufung des Geltstages verlangt und geleistet werden könne, wurde nie bezweifelt, ebenso wenig, daß nach Erkennung desselben eine solche nicht stattfinden könne.

Durch den Geltstag wird das Vermögen eines Schuldners, der nicht im Stande ist, seine Gläubiger auf andere Weise zu befriedigen, diesen zur Vertheilung überlassen, Art. 550 V. V. Wenn daher der Schuldner den Geltstag anbietet, so bietet er seinen Gläubigern sein Vermögen zur Vertheilung an, und darunter ist dasjenige Vermögen zu verstehen, welches er im Augenblick der Geltstagsanrufung besitzt. Dieß ergibt sich aus folgenden gesetzlichen Bestimmungen:

Nach Art. 554 V. V. soll der Schuldner, welcher den Geltstag anbietet, auf der Amtsgerichtsschreiberei eine Uebersicht seines Vermögens, seine Bücher, wenn er solche geführt hat, und die auf sein Soll und Haben bezüglichen Urkunden hinterlegen. Wird von einem Gläubiger ein Geltstagsgesuch gegen den Schuldner gestellt, so macht Art. 557 V. V. dem Richter zur Pflicht, sofort nach Empfang des Gesuches um Verhängung des Geltstages die nöthigen Vorkehren zur Sicherung des Vermögens des Schuldners zu treffen, und namentlich die vorläufige Verzeichnung der Fahrhabe desselben anzuordnen. In beiden Fällen soll somit der Stand des Vermögens zur Zeit des Geltstags festgestellt werden. An diesem Vermögen, welches für den Fall der Erkennung des Geltstages den Gläubigern als Befriedigungsobjekt dient, darf keine Veränderung mehr vorgenommen werden, deßhalb wird dem Schuldner nach erfolgter Anrufung des Geltstages bei Folge der Nichtigkeit untersagt, die Vermögensgegenstände, die er zur Zeit der Anrufung des Geltstages besessen, zum Nachtheil der Gläubiger zu veräußern, zu verpfänden, oder einzelne Gläubiger durch Einräumung von Vorrechten zu begünstigen. Vermögen des Schuldners und Rechte der Gläubiger dürfen nicht mehr verändert werden, und wenn später der Geltstag wirklich erkennt wird, so werden seine Wirkungen zurückbezogen auf den Moment der Geltstagsanrufung, insofern gewisse Wirkungen nicht an die Erkennung selbst geknüpft sind.

Hieraus folgt, daß nach Anrufung des Geltstages der Ehemann seiner Ehefrau zu Sicherung der Hälfte ihres zugebrachten Gutes kein Vermögen mehr herausgeben kann. Dem steht Satz. 102 C. nicht entgegen, denn wenn diese Satzung auch der Ehefrau zu allen Zeiten das Recht gibt, den Ehemann zur Versicherung oder Herausgabe der Hälfte ihres Zugebrachten anzuhalten, so will das nur heißen, daß sie nicht an eine be-

Digitized by Google

stimmte Frist gebunden sei, sondern ihr Recht während der ganzen Dauer der Ehe geltend machen könne. Wenn sie aber von diesem Rechte Gebrauch macht, nachdem der Ehemann den Geltstag angerufen hat, so steht demselben zwar keine peremptorische Einrede entgegen, wohl aber die gesetzliche Bestimmung, welche dem Ehemann jede Veränderung seines Vermögens verbietet. Deßhalb muß das Recht zu einer Zeit geltend gemacht werden, wo der Ehemann über sein Vermögen verfügen kann, wo die Gläubiger noch keinen Konkursanspruch auf dasselbe erworben haben, somit vor Anrufung des Geltstages. Geschieht die Herausgabe rechtzeitig, so bleiben den Gläubigern ihre Rechte gewahrt, indem ein allfälliger Mehrwerth zum Massavermögen gehört. Auf diesen Mehrwerth darf sich die Ehefrau keine Schulden des Ehemannes überbinden oder sich denselben durch Schenkung oder Quittung zusichern lassen. Von dem Verbote der Schuldenübertragung müssen diejenigen Schulden ausgenommen werden, für welche ein Grundstück bereits verhaftet ist. Das Gesetz selbst anerkennt ausdrücklich die Möglichkeit solcher Ueberbünde in folgenden Bestimmungen. Wenn der Gegenstand zur Masse gezogen und verkauft wird, so soll die Ehefrau in erster Linie auf den Erlös angewiesen werden, nach Ausweisung allfällig besser berechtigter Pfandgläubiger — und diese können nur überbundene sein. Ferner darf eine Hingabe nur erfolgen, wenn ein Mehrwerth sich ergibt — ausgenommen, wenn ein Pfandgläubiger die Vergantung veranstaltet hat. Das Recht auch dieses Pfandgläubigers muß vor der Herausgabe der Liegenschaft an die Ehefrau bestanden haben und es muß ihr die daherige Schuld mit dem Pfande überbunden worden sein.

Die Kontroverse, welche früher darüber bestanden hat, ob solche Pfandschulden überbunden werden können oder nicht, besteht daher schon lange nicht mehr und es wird die daherige Befugniß nicht mehr angezweifelt.

Dagegen hat der Appellations- und Kassationshof durch Urtheil vom 16. November 1872 — Zeitschrift VIII. 357 — angenommen, ein auf dem Betreibungswege erworbenes Pfandrecht könne nicht überbunden werden, weil es mit Erkennung des Geltstages dahinfalle. Dieser Grund ist nicht zutreffend, denn:

So lange der Geltstag nicht erkennt ist, besteht das Pfandrecht, d. h. das Recht des Gläubigers sich zu seiner Befriedigung an den Geldwerth der gepfändeten Sache zu halten. Hinfällig wird dasselbe durch die Geltstagserkennung nur dann, wenn das Pfandobjekt sich in diesem Augenblicke noch in den Händen

Digitized by Google

des Geltstagers befindet; ist dieß nicht der Fall, weil dasselbe inzwischen Hand geändert hat, so bleibt das Recht des Gläubigers in voller Wirksamkeit und kann gegen den nunmehrigen Inhaber geltend gemacht werden, nach der Ansicht des Appellations- und Kassationshofes sogar dann, wenn dem Erwerber keine Anzeige gemacht worden ist von der stattgefundenen Pfändung. Nach Anrufung des Geltstages kann nun, wie wir gesehen haben, eine Vermögensherausgabe an die Ehefrau nicht mehr stattfinden, das daherige Rechtsgeschäft muß daher vorher abgeschlossen werden. Wenn nun der Ehemann nur ein Grundstück besitzt, welches bereits für eine Forderung gepfändet ist, so kann dieselbe, nach Ansicht des Appellations- und Kassationshofes der Ehefrau nicht auf Rechnung des Mehrwerthes überbunden werden. Die Ehefrau muß somit den letzteren vollständig der Masse abliefern. Da aber das Recht des betreibenden Gläubigers mit Rücksicht auf das gepfändete Grundstück durch den Geltstag des früheren Eigenthümers desselben in keiner Weise geschmälert wird, so muß die Ehefran entweder aus eigener Tasche den Gläubiger befriedigen oder zugeben, daß ihr Eigenthum als Befriedigungsobjekt für fremde Schulden diene; in beiden Fällen erhält sie keinen Gegenwerth für ihre Leistung und wird durch die Vermögensherausgabe schlechter gestellt, als wenn sie auf eine solche verzichtet hätte.

Im letzteren Falle nämlich hat sie im Konkurs des Ehemannes ein Vorrecht auf den Mehrwerth, der sich über die Pfandschulden hinaus ergibt, und das Pfandrecht des betreibenden Gläubigers fällt dahin. Im ersteren Fall dagegen muß sie den Mehrwerth abliefern und überdieß den Gläubiger befriedigen aus eigener Tasche und ohne irgend welchen Gegenwerth. Es wird daher durch die nämliche Maßregel, welche ihr Vermögen sicher stellen soll, der unvermeidliche Verlust desselben herbeigeführt. Dieß kann nicht der Wille des Gesetzgebers sein, und es besteht daher unseres Erachtens kein Grund, einen Unterschied zu machen zwischen einem bereits bestehenden Pfandrecht und einem solchen, welches durch Betreibung erworben worden ist, insofern das betreffende Grundstück bei Erkennung des Geltstages nicht mehr in den Händen des ursprünglichen Schuldners ist, sondern in denjenigen eines Dritten, und in Folge dessen auch das Pfandrecht in Kraft verbleibt und nicht dahinfällt.

Die zweite Maßregel, wodurch der Ehemann seine Ehefrau für die Hälfte ihres zugebrachten Gutes sicher stellen kann, besteht in der Einräumung eines Vorrechtes durch Ausstellung eines

Digitized by Google

förmlichen Empfangscheines, und es frägt sich daher auch ihre, bis zu welchem Zeitpunkt kann dieselbe gültig getroffen werden.

Wir gehen auch hier davon aus, daß durch die Anrufung des Geltstages den Gläubigern, welche es in diesem Augenblicke sind, das Vermögen des Schuldners in seinem gegenwärtigen Bestande zur Vertheilung angeboten wird, eine Benachtheiligung der Gläubiger daher, oder einzelne derselben, nicht mehr zulässig ist.

Für den Betrag ihres zugebrachten Gutes erhält die Frau ein Forderungsrecht gegenüber ihrem Ehemann, der letztere wird ihr für den Werth verpflichtet. Diese Forderung ist eine einfache, nicht bevorrechtete, dagegen wird ihr ein Vorrecht zuerkannt, wenn ein förmlicher Empfangschein von dem Ehemann ausgestellt worden ist, unter Beobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten.

Ein gesetzliches, d. h. durch das Gesetz begründetes Vorrecht für die Hälfte Weibergut, besteht daher nicht, sondern zur Begründung eines solchen bedarf es noch einer Handlung des Ehemannes, resp. eines von ihm mit seiner Ehefrau abgeschlossenen Rechtsgeschäftes. Das Gesetz gibt nur die Einräumung des Vorrechtes zu, ohne dasselbe selbst für das zugebrachte Gut einzuräumen, es anerkennt ein Vorrecht unter der Bedingung, daß ein förmlicher Empfangschein ausgestellt worden sei. Vor dieser Ausstellung kann wohl die Forderung der Ehefrau bestehen, aber kein Vorrecht, und wenn der Empfangschein erst später ausgestellt wird, so hebt das Vorrecht erst später an, es wird nicht zurückbezogen auf den Tag des Einbringens, sondern wird erst wirksam durch den Empfangschein und von dem Datum desselben an. Deßhalb konkurrirt auch die bevorrechtete Hälfte im Konkurse des Ehemannes mit den errichteten Pfandrechten nur „nach dem Datum des ihr zukommenden Vorrechtes." Da nun nach Anrufung des Geltstages der Schuldner keinem Gläubiger mehr ein Vorrecht einräumen kann, so kann auch ein nach diesem Zeitpunkt vom Ehemann ausgestellter Empfangschein die Forderung der Ehefrau nicht mehr zu einer privilegirten machen. Durch Urtheil vom 11. November 1865, Ztschr. X. 208, hatte nun der Appellations- und Kassationshof diese Ansicht als die richtige anerkannt, in Betrachtung:

daß das Gesetz der Ehefrau nur dann ein Vorrecht in dem Geltstage ihres Ehemannes einräumt, wenn sie ihr Einbringen durch einen rechtsgültigen und förmlichen Empfangschein oder einen anderen gesetzlich anerkannten Akt beweist;

Digitized by Google

daß im vorliegenden Falle der Geltstager Bütigkofer seiner Ehefrau erst nach Erkennung des Geltstages einen Weiberguts-empfangschein ausstellte;

daß er aber nach den Bestimmungen des § 598 V. V. nicht befugt war, Gläubiger durch Einräumung von Vorrechten zu begünstigen;

daß die Ausstellung eines Weibergutsempfangscheines nach Erkennung des Geltstages eine widerrechtliche Begünstigung enthält, indem das Vorrecht der Frau als ein Bedingtes und deßhalb vor Ausstellung des Empfangscheines nicht existirendes betrachtet werden muß;

daß deßhalb der fragliche Empfangschein für die übrigen Gläubiger des B. nicht verbindlich ist.

In dem hier mitgetheilten Fall wurde der Empfangschein nach Erkennung des Geltstages ausgestellt, und nicht in dem Zeitraum zwischen der Anrufung und Erkennung; allein dieß ändert an der prinzipiellen Bedeutung des Entscheides nichts, weil derselbe sich ausdrücklich auf Art. 598 V. V. beruft, welcher die Einräumung von Vorrechten bereits nach Anrufung des Geltstages verbietet, resp. unverbindlich erklärt.

Dagegen hat der Appellations- und Kassationshof in seinen Entscheiden vom 25. September 1860, 8. Mai 1868 und 27. Juli 1877 angenommen, der § 598 V. V. finde auf die Ausstellung eines Empfangscheines keine Anwendung, weil der Ehefrau dadurch kein Vorrecht eingeräumt, sondern nur ein Beweismittel an die Hand gegeben werde, welches ihr später die Ausübung des im Gesetze selbst aufgestellten Privilegiums ermögliche.

Die Motivirung des Urtheiles vom 27. Juli 1877 bezweckt offenbar die Kontroverse für ein und alle Mal zu entscheiden und eine für die Zukunft maßgebende Praxis festzustellen. Leider müssen wir diesen Versuch als einen gänzlich verunglückten bezeichnen. Ein richterliches, auch oberstrichterliches Urtheil, kann für andere Gerichte und die Praxis nur dann von Bedeutung sein, wenn es auf richtigen Rechtsgrundsätzen beruht und durch seine Begründung von seiner Richtigkeit überzeugt. Je gründlicher, sorgfältiger und überzeugender ein Gericht seine Urtheile motivirt, desto größeren Einfluß wird es auf die unteren Instanzen und auf die Praxis auszuüben vermögen. Diesen Bedingungen entspricht aber das vorliegende Urtheil nicht, denn es stützt sich auf keinen einzigen Rechtsgrund, sondern begnügt sich mit zwar sehr entschieden aufgestellten aber durch keine Gründe

Digitized by Google

unterstützten Behauptungen, die deßhalb natürlich ohne alle Bedeutung sind. Die Frage, ob das Vorrecht der Ehefrau erst durch den Empfangschein begründet werde, kann durch die ganz unverständliche Behauptung, der letztere sei bloßes Beweismittel für die Geltendmachung des gesetzlichen Vorrechtes, nicht entschieden werden. Wir sind daher verpflichtet, genau die Rechtsgründe zu prüfen, welche der Gerichtshof anführt, um das Aufgeben seiner früheren Rechtsauffassung in einer so wichtigen Frage zu rechtfertigen.

Das Gericht beginnt mit der Behauptung, das Vorrecht der Ehefrau auf (soll wohl heißen „für") die Hälfte ihres zugebrachten Gutes sei im Gesetze begründet nach Satz. 99 C. und § 584 V.-V. Hievon sagt indessen das Gesetz nichts, sondern die Satz. 99 C. erklärt nur, das Vorrecht, welches der Ehefrau zustehe, sei in der Ordnung der Gläubiger bestimmt, und § 584 V.-V. läßt die Forderung der Ehefrau, insofern ihr ein Vorrecht zusteht, in Classe III mit den errichteten Pfandrechten konkurriren, und darin besteht gerade das Vorrecht, daß sie ohne Pfandgläubigerin zu sein doch mit Pfandgläubigern konkurriren kann. Die Satz. 99 C. und § 584 V.-V. sagen somit nicht, daß der Ehefrau für die Hälfte Weibergut ein gesetzliches Vorrecht zustehe, sondern nur worin es bestehe und wie es geltend gemacht werde. Das Gesetz giebt der Frau nur eine Forderung für den vollen Betrag ihres zugebrachten Gutes, das Vorrecht für die Hälfte muß durch den Empfangschein erworben werden und besteht vorher nicht. Dieß ergiebt sich sowohl aus Art. 6 des Gesetzes vom 27. Mai 1848, als auch aus der Bestimmung, daß das Vorrecht von dem Tage der Ausstellung des Empfangscheines hinweg datirt und nicht von dem Einbringen an.

Das Motiv, das Vorrecht der Ehefrau für die Hälfte ihres zugebrachten Gutes sei in Satz. 99 C. und § 584 V.-V. begründet, ist daher eine bloße, durch das Gesetz nicht unterstützte Behauptung, aber kein Rechtsgrund.

Ferner machen die Motive geltend, der Weibergutsempfangschein sei ein bloßes Beweismittel für die Geltendmachung des gesetzlichen Vorrechts, was aus Art. 6 litt. b des Gesetzes vom 26. Mai 1848 hervorgehe. Dieser Artikel bestimmt nämlich, wenn für den Beweis des zugebrachten Gutes bereits öffentliche Urkunden, wie Vormundschaftsrechnungen, notarialische Theilungsinstrumente u. s. w., vorliegen, so sei die Errichtung eines förmlichen Empfangscheines nicht nöthig, sondern es genüge, wenn der Ehemann den Empfang der in der Urkunde verzeichneten

Digitized by Google

Vermögensgegenstände schriftlich bezeuge, und der wesentliche Inhalt derselben in das hiezu bestimmte Buch der Amtschreiberei eingetragen werde.

Es soll somit in diesen Fällen von der Aufnahme eines Verzeichnisses und von einer Schatzung der zugebrachten Vermögensgegenstände Umgang genommen und für den Beweis des Betrages des zugebrachten Gutes die fraglichen Urkunden als genügend erachtet werden. Durch diese Urkunden soll dieser Betrag so gut bewiesen werden können, wie durch Verzeichniß und Schatzung; etwas anderes sagt der Art. 6 doch gewiß nicht. Allein wenn auch durch diese Urkunden die Höhe der Forderung der Ehefrau bewiesen wird, so wird doch dadurch allein noch kein Vorrecht begründet, sondern es bedarf hiezu noch der schriftlichen Empfangsbescheinigung des Ehemannes und der Eintragung in das hiezu bestimmte Buch der Amtschreiberei.

Ohne diese Förmlichkeit kann kein Vorrecht geltend gemacht werden, die Beobachtung derselben ist die conditio sine qua non des Vorrechtes.

Der Empfangschein bildet daher ein nothwendiges Beweismittel für den Betrag des zugebrachten Gutes — im Gegensatz hiezu nennt der Appellations- und Cassationshof denselben ein „bloßes Beweismittel für die Geltendmachung des Vorrechtes der Frau". Dieser Ausdruck wird zweimal wiederholt, allein wenn er auch in jedem Motive zweimal wiederholt würde, so würde er doch nicht verständlicher. Durch ein Beweismittel soll eine streitige Thatsache bewiesen werden. Welches ist nun hier diese Thatsache, welche bewiesen werden soll? Das Vorhandensein eines gesetzlichen Vorrechtes nicht, denn dafür beruft sich ja der Gerichtshof auf das Gesetz selbst, nämlich auf Satz. 99 und § 584 V.-V. Dagegen kann durch den Empfangschein die Thatsache bewiesen werden, daß das Vorrecht begründet worden ist, daß die Bedingungen und Voraussetzungen, unter welchen allein ein Vorrecht geltend gemacht werden kann, vorhanden sind. Es dient somit derselbe als Mittel zum Beweis der Thatsache, daß das Vorrecht erworben worden sei, und in Folge dessen als Mittel zur Geltendmachung des Vorrechts, nicht aber als Beweismittel zur Geltendmachung des Vorrechts, denn dieser Ausdruck enthält einen Widerspruch in sich selbst.

Ferner sucht das Gericht nach einem Anhaltspunkte, um durch einen Empfangschein auch dann ein Vorrecht begründen zu lassen, wenn er nach Anrufung des Geltstages ausgestellt worden sei: Der Ehemann sei zu Ausstellung eines solchen

Digitized by Google

gesetzlich verpflichtet und für die Erfüllung der gesetzlichen Pflicht sei kein Termin, noch eine Frist aufgestellt, und es könne übrigens die Ehefrau gemäß Satz. 102 C. den Ehemann zu allen Zeiten zu der Versicherung der Hälfte ihres Zugebrachten anhalten. Daraus folgt nur, daß das Recht, einen Empfangschein zu verlangen und sich dadurch ein Vorrecht zu verschaffen, eine res merae facultatis, ein Recht, dessen Ausübung nicht an eine bestimmte Frist gebunden ist, somit auch durch Nichtausübung nicht verloren geht. Dagegen versteht es sich von selbst, daß das Recht zu einer Zeit geltend gemacht werden muß, wo die Erfüllung von Seiten des Verpflichteten möglich ist; dieß ist aber dann nicht mehr der Fall, wenn das Gesetz sie verbietet. Nun ist es aber dem Schuldner gesetzlich verboten, nach Anrufung des Geltstages Vermögen herauszugeben oder einzelnen Gläubigern ein Vorrecht einzuräumen, deßhalb kann durch einen Empfangschein nur dann ein Vorrecht begründet werden, wenn der Ehemann ein solches noch einzuräumen berechtigt ist, somit nur dann, wenn er vor Anrufung des Geltstages ausgestellt wird. Der Appellations- und Cassationshof würde kaum annehmen, daß nach der Geltstagsanrufung noch eine Vermögensherausgabe zulässig sei, denn auf das vorhandene Vermögen haben die Gläubiger ein Recht, konsequenter Weise darf aber auch keine nachträgliche Einräumung eines Vorrechtes zugegeben werden, weil die Gläubiger nur diejenigen Rechte geltend machen können, welche sie bei der Geltstagsanrufung haben.

Die Argumentation aus den Satz. 99 und 102 C. fällt somit vollständig in's Wasser; sie ist aber auch inkonsequent. Es ergebe sich, sagt der Appellations- und Cassationshof, aus der Natur der Sache und den angeführten Gesetzesbestimmungen, daß ein solcher Empfangschein jedenfalls vor der definitiven Erkennung des Geltstages ausgestellt werden müsse, damit die Ehefrau das ihr gesetzlich zugesicherte Vorrecht im Geltstage ihres Ehemannes geltend machen könne. — Weßhalb denn? wenn man fragen darf.

Ist der Empfangschein ein bloßes Beweismittel zu Feststellung des Betrages des Weibergutes, für dessen eine Hälfte ein gesetzliches Vorrecht besteht und keiner besondern Begründung mehr bedarf, wird somit durch denselben weder die Forderung, noch das Vorrecht begründet, so ergiebt es sich weder „aus der Natur der Sache, noch aus den angeführten Gesetzesstellen," daß dieses Beweismittel vor der Geltstagserkennung hergestellt sein müsse. Denn „damit die Ehefrau das ihr gesetzlich zugesicherte Vorrecht im Geltstage ihres Ehemannes geltend machen könne",

Digitized by Google

genügt es, wenn sie das Beweismittel zur Zeit der Eingabe besitzt, und es kann somit noch während der ganzen Eingabefrist mit voller Wirkung ausgestellt werden, wenn die Ansicht des Gerichtshofes überhaupt eine begründete ist.

Wir können gestützt auf die obigen Ausführungen die rein thatsächlichen Behauptungen des Gerichtes nicht als Rechtsgründe gelten lassen, und halten daher an unserer Ansicht fest, daß durch einen Empfangschein nur dann ein Vorrecht begründet werden kann, wenn derselbe vor der Geltstagsanrufung ausgestellt, besiegelt und eingetragen wird. Ein förmlicher Empfangschein, welcher nach der Anrufung des Geltstages oder nach Erkennung desselben ausgestellt wird, dient nur als Beweismittel für den Betrag des zugebrachten Gutes, nicht aber zu Begründung eines Vorrechtes.

Würde diese Ansicht vom Appellations- und Cassationshof getheilt und konsequent den Entscheidungen zu Grunde gelegt, so würden die sich immer wiederholenden Streitigkeiten über die nämliche Rechtsfrage bald erlöschen. Eine Praxis, die sich auf das Gesetz stützt und dasselbe in aller Strenge konsequent zur Anwendung bringt, ist eine Wohlthat für das rechtsuchende Publikum, während eine Rechtsprechung, die stets im Dunkeln tappt und nirgends sicheren Boden findet, eine wahre Calamität genannt werden kann. Urtheile, wie das mitgetheilte, stellen Alles wieder in Frage, denn Niemand wird sich dabei beruhigen, und Jeder wird der fröhlichen Hoffnung leben, daß der nächste Fall anders werde entschieden werden, als der vorhergehende, und so muß das Spiel immer von Neuem beginnen. Weiß dagegen das Publikum einmal, daß ein nach Anrufung des Geltstages ausgestellter Empfangschein kein Vorrecht mehr begründe, so wird es seine Rechte rechtzeitig besorgen, und Ehemänner und Ehefrauen werden ihre eigenen Interessen und diejenigen ihrer Kinder nicht mehr von einer schwankenden Rechtsprechung und einer zufälligen Besetzung des Gerichtes abhängig machen wollen.

K.

33) Auswirkung eines Arrest's gegen einen in Rußland domicilirten Schweizer durch einen ebendaselbst wohnhaften Landsmann auf in der Schweiz befindliches Vermögen.

Schneiter gegen Zürcher.
(28. Juli 1877.)

Den 10. März 1876 pfändete der Weibel im Auftrag des Friedrich Schneiter, handelnd als Bevollmächtigter seines Bruders

Digitized by Google

Samuel Schneiter, für eine Forderung, welche letzterer gegen Friedrich Zürcher zu haben behauptete, eine dem letzteren zustehende Forderung im Betrage von Fr. 5835. 90. Gläubiger und Schuldner waren beide in Rußland niedergelassen; letzterer hatte indessen seinen Bruder Johann bevollmächtigt, sein in Aeschi liegendes Vermögen zu verwalten und zu liquidiren und ihm den Erlös nach Rußland zu senden, ohne vorher den Samuel Schneiter zu bezahlen. Der Gläubiger hatte dagegen seinen Bruder Friedrich beauftragt, die bestrittene Forderung gerichtlich einzuklagen.

Das Verhältniß selbst, auf welches sich die Forderung Schneiters gründete, war in Rußland entstanden und letztere lautete auf einen Betrag von 441 Rubel. Gegen die Einforderung hatte der Bevollmächtigte des Schuldners Widerspruch erhoben und sich unter Anderem auch darauf berufen, daß auf Rechnung Zahlung geleistet worden sei. Hierauf gestützt erwirkte Schneiter unter Berufung auf Art. 610 fl. V.-V. gegen Zürcher einen Arrest und ließ in Ausführung desselben die erwähnte Forderung — Kaufbeile vom 30. Juni 1875 — mit Arrest belegen.

An dem Arrestbestätigungstermine schloß der Bevollmächtigte des Arrestbeklagten auf Abweisung des auf Bestätigung gerichteten Begehrens und stellte eventuell den Antrag:

Es sei Samuel Schneiter mit seinem Rechtsbegehren insoweit abzuweisen, als dasselbe auf mehr als 241 Rubel (Fr. 842 50 Cts.) gerichtet sei.

Er verneinte, daß Schneiter die geforderte Summe noch dermalen schulde, indem die eingeklagte Forderung durch Zahlungen, beziehungsweise Gegenleistungen ganz oder doch zum weitaus größten Theile getilgt sei. Am 6. Februar 1872 habe Samuel Schneiter dem Friedrich Zürcher eine Erklärung folgenden Inhaltes ausgestellt:

1872 Februar 6. Verrecht mit Fritz Zürcher für Oktober, November, Dezember Monat gänzlich, was er da gehandelt und quittirt.

Seit Ausstellung der in der Klage angeführten Schuldschrift und auf Rechnung der daherigen Forderung habe Beklagter dem Kläger 200 Rubel (Fr. 700) bezahlt und eine Ausrechnung habe seit dem 16. Februar 1872 zwischen Parteien nicht stattgefunden. Sowohl Kläger als Antworter seien in Rußland wohnhaft und es haben die sämmtlichen im gegenwärtigen Rechtsstreite in

Digitized by Google

Frage kommenden rechtlichen Verhältnisse dort ihre Begründung gefunden.

Erstinstanzlich wurde der Arrest bestätigt und der Beklagte mit seinem eventuellen Abweisungsschlusse abgewiesen. Oberinstanzlich wurde zwar die Arrestbestätigung ebenfalls ausgesprochen, jedoch nicht für den vollen Betrag der geltend gemachten Forderung, sondern nur für 241 Rubel oder Fr. 843. 50.

Motive:

Daß nach Art. 216 V.-V. ein Arrestverfahren in den Fällen stattfindet, wo der Gläubiger Gefahr laufen würde, auf dem ordentlichen Rechtswege nicht zur Bezahlung zu gelangen, speziell wenn der Schuldner zum Nachtheile seines Gläubigers seine Forderungen einzukassiren oder zu demselben Ende seine Sachen zu veräußern sucht;

daß in thatsächlicher Beziehung zugestanden wurde, daß der Arrestbeklagte Friedrich Zürcher seinen Bevollmächtigten Johann Zürcher beauftragte, die in der Gemeinde Aeschi befindlichen, ihm gehörenden Liegenschaften zu verkaufen und ihm den Erlös nach Rußland zu senden, wobei der Bevollmächtigte noch den weiteren Auftrag erhielt, die Forderung des Arrestklägers Samuel Schneiter nicht zu bezahlen;

daß der Bevollmächtigte des Arrestbeklagten diesem Auftrage nachzukommen suchte, was den Arrestkläger, beziehungsweise dessen Beauftragten veranlaßte, für die ihm zustehende Forderung einen Arrest auf das Vermögen des Ersteren herauszunehmen;

daß nicht bestritten wurde und nicht bestritten werden konnte, daß die oben angeführte Bestimmung des bernischen Rechts unter den obwaltenden Umständen in der vorwürfigen Frage ihre Anwendung finde, indem der in Rußland domicilirende Schuldner keine Rechtsvorschrift für sich in Anspruch nehmen kann, welche die Zulässigkeit eines Arrestverfahrens im hiesigen Kantone ausschließen würde;

daß somit der herausgenommene Arrest als begründet erklärt werden muß;

daß der Beklagte, Friedrich Zürcher, behauptet, er habe dem Kläger seit Ausstellung der Schuldschrift vom 5. Januar 1872 auf Rechnung dieser Forderung zweihundert Rubel oder Fr. 700 bezahlt und zum Beweise dieser Behauptung dem Kläger den Eid zugeschoben hatte;

Digitized by Google

daß jedoch der Kläger diesen Eid dem Beklagten, zu leisten durch dessen Bevollmächtigten, Johannes Zürcher, zurückgeschoben hat;

daß dieser Bevollmächtigte bei der behaupteten Zahlung nicht zugegen war, jedoch deponirt, sein Bruder Friedrich und dessen Frau haben ihm mitgetheilt, Friedrich Zürcher habe an Samuel Schneiter zweihundert Rubel bezahlt, dieser fordere zu viel, nach seinem, des Deponenten, Dafürhalten, und laut den Erklärungen seiner Schwägerin seien jene zweihundert Rubel auf Rechnung der bestrittenen Forderung der 441 Rubel geleistet worden u. s. w;

daß nach § 260 P. die Zahlung der 200 Rubel und die dadurch bewirkte Reduktion der ursprünglichen Forderung auf 241 Rubel oder Fr. 843. 50 als bewiesen angenommen werden muß.

Literarische Anzeigen.

P. Laband. Das Staatsrecht des deutschen Reiches. I. Band (1876), II. Band (1877).

Das Werk von Laband bezeichnet in der Behandlung des Staatsrechtes einen vollkommenen Wendepunkt. Das ganze Gebäude der Disziplin wird neu untersucht und die einzelnen Begriffe des Staatsrechts werden erst jetzt präzisirt. Der Civilist wird überrascht durch die Anwendung derjenigen Rechtsbegriffe, welche in der Sphäre des Privatrechtes festgestellt sind, und er hat im ersten Momente den Eindruck, daß eine Uebertragung privatrechtlicher Rechtsbegriffe gewissermaßen eine Entweihung dieser Begriffe enthalte. Allein dieses Gefühl, das in einer Art von civilistischem Hochmuthe seine Quelle hat, schwindet sofort wieder. Man kann geradezu sagen: Erst durch die hier vorliegende Arbeit von Laband wird das deutsche Staatsrecht in allen seinen Theilen juristisch erfaßt und juristisch definirt. Damit soll über die früheren Schriften, welche das deutsche Staatsrecht behandeln, kein abfälliges Urtheil ausgesprochen werden. In vielen Punkten ist das Buch von Gerber (Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, 2. Aufl., Leipzig 1869) der geistige Vorläufer von Laband. Auch Gerber hat in vielen Punkten (ich erinnere z. B. an die Charakterisirung

Digitized by Google

des Staates als eines Rechtssubjektes) die dogmatischen Begriffe geläutert und mit Nachdruck präzisirt; allein Laband hat das Verdienst, daß er das ganze System des Staatsrechts mit juristischen Formeln durchdringt und in vielfachen Punkten den Beweis leistet, daß die Theorie Sätze anerkennt, die mit dem normgebenden Prinzip gar nicht im Einklang stehen. Daher mußte vielerorts ein neuer prinzipieller Ausgangspunkt gesucht werden.

Der Verfasser hatte ursprünglich beabsichtigt, das Werk in zwei Bänden erscheinen zu lassen, allein mit Rücksicht auf die nicht vollendete Justizgesetzgebung und die bevorstehende Revision des Finanzwesens hielt es der Autor für richtiger, seinen Plan zu erweitern und die Darstellung jener Fragen einem dritten Bande zu überweisen.

Die zwei vorliegenden Bände bestehen aus neun Kapiteln:

Erstes Kapitel: Die Entstehungsgeschichte des deutschen Reichs. — Kurz nervose und deutlich sind die Ereignisse von 1866 an angegeben und staatsrechtlich verwerthet. Weiter zurückreichende historische Notizen finden sich nicht vor, so wenig als ein „Vorspiel im philosophischen Himmel" (Gerber l. c., p. 231) darin enthalten ist.

Zweites Kapitel: Die rechtliche Natur des Reiches. — Hier beginnen die feinen grundlegenden Erörterungen. Die Frage nach der Natur des deutschen Reichs wird so formulirt: Ist das Reich eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ist es ein Rechtsverhältniß (Societät) unter den deutschen Staaten, welche das Reich bilden? Es wird durch vielfache Deduktionen bewiesen (das Reich hat eigene Organe, wie z. B. das Oberhandelsgericht, ferner Hoheitsrechte, welche nicht solche der Einzelstaaten sein können, kurz es besitzt eine selbstständige Rechtssphäre), daß das Reich dem Begriffe eines Staates entspreche. Das deutsche Reich ist aber ein zusammengesetzter Staat und zwar ein Bundesstaat. Hier gewinnt der Begriff des Bundesstaates eine neue Fassung und die bisanhin überall wiederkehrende Ansicht von der im Bundesstaate getheilten Souveränität wird als gänzlich verkehrt und als eine Chimäre hingestellt. Der Bundesstaat bringt keineswegs die Konsequenz mit sich, daß die Unterthanen der einzelnen „Gliedstaaten" direkt dem Bunde unterworfen werden, sondern im Bundesstaate verkörpert sich die Vereinigung mehrerer Gliedstaaten zu einer begriffsmäßigen Einheit (p. 72). Freilich wirken die Reichsgesetze un-

Digitized by Google

mittelbar auf das Reich, aber für diese direkte Anwendung der Reichsgesetze haften dem Reiche gegenüber nur die Einzelstaaten. Geschieht dieß nicht, so erfolgt Exekution gegen den Einzelstaat (p. 79, 80).

Drittes Kapitel: Das Verhältniß des Reiches zu den Einzelstaaten. Hier werden die Konsequenzen aus dem festgestellten Begriffe des Bundesstaates und der Souveränität gezogen. Als Subjekt der Reichsgewalt erscheint das Reich als juristische Person, deren Grundlage die Gesammtheit der deutschen Einzelstaaten ist, und nicht, wie nach der bis jetzt gangbar gewesenen Schuldefinition des Bundesstaates angenommen wird, das deutsche Volk. Laband überrascht dann mit dem Ausspruche, das deutsche Reich sei keine Monarchie, sondern eine Demokratie (p. 88). So schlimm demokratisch ist die Sache nicht, wie sie aussieht, und Laband fügt selber zur Erklärung hinzu: Träger der Souveränität des Reiches sind die sämmtlichen Mitglieder des Reiches, nicht der Kaiser. Diese Ausführungen sind zweifellos richtig. Derselbe Gedanke wird übrigens in weniger spitzigen Worten dahin ausgedrückt: das deutsche Reich ist nicht eine juristische Person von 40 Millionen Mitgliedern, sondern von 25 Mitgliedern. —

Von ganz besonderer Präzision sind die Ausführungen des Verfassers über die Unterordnung und Stellung der Einzelstaaten im Reiche. Hier werden drei Kategorien ausgeschieden:

1) Für gewisse Hoheitsrechte greift das Reich direkt ein und die Einzelstaaten funktioniren nicht.
2) Für einen großen Kreis von Hoheitsrechten des Reichs (Art. 4 der Verfassung) sind die Einzelstaaten Selbstverwaltungskörper. Der Begriff des Self-government wird korrigirt als Zwischenbau zwischen Staat und Unterthan und mit Geschick hier verwerthet.
3) Mit Bezug auf die den Einzelstaaten übrig bleibenden Funktionen kommt ihnen eine Autonomie zu.

Viertes Kapitel: Die natürlichen Grundlagen des Reiches. Laband verwirft die Idee eines Reichs- und Staatsbürgerrechtes. Dieser Dualismus ist in der That überflüssig an der Hand der neuen Begriffe über den Bundesstaat. Der Deutsche hat zwei Staatsgewalten über sich, die einander übergeordnet und nicht nebengeordnet sind. Die staatsrechtliche Natur des Bundesgebietes wird bezeichnet als ein „staatsrechtliches Sachenrecht". Sarkastisch wird hier darauf hingewiesen,

Digitized by Google

daß andere Autoren zum Ersatz einer dießfälligen juristischen Behandlung jener Frage einige statistische Notizen über Umfang, Flächeninhalt, Bevölkerungszahl geben, „als wollten sie nicht ein Reichsstaatsrecht, sondern ein Lehrbuch der Geographie verfassen" (p. 182)

Fünftes Kapitel: Die Organisation der Reichsgewalt. — Die staatsrechtliche Natur des Kaiserthums (Subjekt und Inhalt der kaiserlichen Rechte) wird festgestellt und ausgeführt, daß der Kaiser nicht als Beamter bezeichnet werden kann (wie der Präsident einer Republik), weil er Mitsouverän ist, aber auch nicht als Monarch, weil er nicht alleiniger Souverän ist (p. 211). Was den Inhalt der kaiserlichen Rechte anbetrifft, so bezeichnet der Verfasser den Kaiser als ausschließlichen Vertreter des Reichs gegenüber Dritten. Der Kaiser hat die Befugniß und Verpflichtung zur Geschäftsführung, gerade wie der Vorstand einer Privatkorporation. Der Unterschied besteht nur in der materiellen Art der Geschäfte: die Geschäfte des Staates sind öffentlich rechtlichen Inhaltes. — Daß Wesen des Bundesrathes und die Stellung des Reichskanzlers wird weitläufig erörtert (p. 230—313). Ferner wird der Begriff der Beamten neu fixirt und betont, daß das öffentlich rechtliche Dienstverhältniß als das allein wesentliche Begriffsmoment erscheine, daß dagegen juristisch indifferent sei: eine Besoldung, die dauernde Uebertragung eines Amtes, Handhabung obrigkeitlicher Hoheitsrechte, Ausfüllung des Lebensberufs durch die Bekleidung des Amtes 2c. Der Beamte schließt also keinen gewöhnlichen privatrechtlichen Vertrag oder quasi-Vertrag (Dienstmiethe, Mandat oder Innominatkontrakt) mit dem Staat ab (p. 392). Vermöge der Zweckbestimmung der angelobten Dienste gehört der Staatsbeamtenvertrag dem öffentlichen Rechte an. Aber im Uebrigen ist das Rechtsverhältniß der Staatsbeamten identisch mit demjenigen der technischen und wirthschaftlichen Beamten von Privatpersonen (p. 396). Damit ist zu vergleichen die Ausführung in II, p. 213.

Die Besoldung, welche mit dem Amte regelmäßig verbunden ist, wird bezeichnet als Rente, mittelst deren der Staat den Beamten alimentirt (p. 465). Mit diesen Ausführungen des Verfassers ist nunmehr auch zu vergleichen, was Jhering in seinem neuesten Werke (der Zweck im Recht I, p. 204, 206, 211) sagt: Der Gehalt ist nichts als Sustentation. Der Staatsdienst ist nichts als eine ökonomische Versicherungsanstalt.

Digitized by Google

Das fünfte Kapitel schließt mit der Charakterisirung des Reichstages.

Sechstes Kapitel: Die Gesetzgebung des Reiches. Der Verfasser führt zunächst aus, daß das Wesen des Gesetzes darin bestehe, einen bestehenden Rechtssatz mit äußerlicher Autorität auszustatten. „Man verschließt sich jede Möglichkeit einer wissenschaftlichen Erkenntniß der Lehre von der Gesetzgebung, wenn man das Wesen des Gesetzes in der Schaffung eines Rechtssatzes erblickt" (II, p. 5). Der Verfasser untersucht dann die Begriffe der Sanktion, Promulgation und Publikation der Gesetze, bei denen der Inhalt und Befehl zu scheiden ist, zunächst im Allgemeinen (und unter Berücksichtigung der französischen Nomenklatur) und sodann auf der positiven Grundlage der Reichsverfassung. Die Frage und Zulässigkeit der Verordnungen wird eingehend geprüft (II, p. 67—106), sowie das Verhältniß der Reichsgesetzgebung und Landesgesetzgebung (II, p. 106—152).

Achtes Kapitel: Die Staatsverträge des Reiches. Der Verfasser betont hier die Nothwendigkeit einer scharfen Scheidung zwischen dem bloßen Abschlusse eines Staatsvertrages (dieß ist der völkerrechtlich maßgebende Vorgang) und der Verkündigung, welche staatsrechtlich entscheidend ist (II, p. 158). Die Verkündigung von Staatsverträgen bedeutet dasjenige, was die Sanktion bei der Gesetzgebung, aber dieser Vorgang (nämlich der Befehl die Verträge zu befolgen) wird bei der Verkündigung „gleichsam verschluckt und deshalb der Aufmerksamkeit der Staatsrechtslehrer entzogen" (II, p. 160).

Neuntes Kapitel: Die Verwaltung des Reiches. — Verwaltung ist Geschäftsführung. Dabei ist zu unterscheiden unmittelbare Geschäftsführung und beaufsichtigende Verwaltung. Es werden die einzelnen Verwaltungszweige erörtert, zunächst die Gesandtschaften und die Konsulate (II, p. 239—284), sodann die Verwaltung der Post und Telegraphie. Zum ersten Male in der Literatur des Staatsrechts findet sich bei der Behandlung dieser beiden Zweige auch eine detaillirte Schilderung der dabei vorkommenden privatrechtlichen Rechtsfolgen (II, p. 284 bis 358). Daran knüpft sich die Verwaltung des Eisenbahnwesens, des Bankwesens, des Münzwesens, des Maß- und Gewichtwesens und den Schluß bildet die Verwaltung des Gewerbewesens.

Das Werk von Laband hat nicht nur großen Werth für das Staatsrecht des deutschen Reiches, sondern für das Staats-

Digitized by Google

recht überhaupt. Die Lehren über die Souveränität, das Verhältniß des Gesammtstaates zu den Gliedstaaten, die Rechtstellung der Beamten 2c. 2c. sind speziell auch für den Schweizer von hoher Bedeutung, und ich nehme hier Anlaß, die schweizerischen Juristen ganz besonders auf dieses Werk von Laband aufmerksam zu machen.

Der schweizerische Jurist, der diese Darstellung des Staatsrechtes unsers großen Nachbarvolkes sorgfältig studirt, findet am ehesten eine wissenschaftliche Befriedigung und einen theoretischen Halt im Staatsrechte im Gegensatze zu den schwimmenden und unklaren Konsequenzen und im Gegensatz zu den bitteren und unberechenbaren Folgen, welche durch die irregulären Formen des Referendums, der Initiative und ähnlicher Künste in unsern schweizerischen Kantonen zu Wege gebracht werden.

Dr. Meili.

James Paterson. Commentaries on the Liberty of the Subject and the Laws of England relating to the security of the Person. 2 vol. London. Macmillan and Co. 1877.

Der Verfasser dieses Buches verfolgt einen praktischen Zweck. Es will seinen Lesern als Führer dienen durch das Labyrinth eines Theiles der englischen Gesetzgebung und ihnen den Begriff der bürgerlichen Freiheit in seinem vollen Umfang und allen seinen praktischen Anwendungen zum Bewußtsein und zur Klarheit bringen. Dieser Begriff repräsentire eine unbekannte Menge verborgenen Feuers, welches beim leisesten Luftzuge in Flammen ausbreche und gleich dem heiligen Feuer der Vestalinnen während Jahrhunderten gebrannt habe, ohne je vollständig zu erlöschen. Es sei der gleiche in der magna charta, der Petition of Right, der Habeas Corpus-Akte, der Bill of Rights, in dem Geschwornengericht, dem Parlament, in der Freiheit der Presse und der lokalen Selbstregierung, und wo immer er zur Anwendung gelange, da rufe er eine Menge der edelsten Triebe wach. Was bürgerliche Freiheit sei, das fühlen die Massen, ohne eine Erklärung dafür zu haben; sie sei ihnen ein wohlthuendes Licht, welches ihr tägliches Leben erwärme, dessen einzelne Farben aber sie ohne Hülfe des Gesetzeskundigen nicht zu unterscheiden vermögen, und so bleibe den letztern immer die Aufgabe, den Nachweis zu leisten, daß die einzelnen Farben noch anziehender seien als der glänzende Lichtstrahl selbst. Paterson glaubt nun, es

Digitized by Google

sollte möglich sein, genau festzustellen und jedem Bürger nahe zu bringen, was unter dem oft gehörten, oft gebrauchten, oft mißverstandenen Ausdruck Liberty of the Subject, staatsbürgerliche Freiheit, zu verstehen sei, und wenn ihm dieß gelingt, so wird er sich nicht nur um seine Landsleute ein Verdienst erwerben, sondern auch um Diejenigen, welche unter republikanischen Institutionen leben und nicht geneigt sind, die Sache der Phrase zum Opfer zu bringen. Der Ausdruck hat nach der Ausführung des Verfassers einen doppelten Sinn. Vorerst wird dadurch die Linie bezeichnet, über welche hinaus der Staatsgewalt das Recht nicht zusteht, in die persönlichen oder vermögensrechtlichen Angelegenheiten des Staatsbürgers einzugreifen, die Linie, um welche sich der Kampf zwischen Freiheit und Machtgebot dreht, das gemeinschaftliche Maß für das Recht des Befehlens und die Pflicht des Gehorchens. Sodann aber wird der Ausdruck Liberty of the Subject in einem weiteren Sinne genommen und auf die Beziehungen angewendet der einzelnen Staatsbürger unter sich. Der Verfasser beabsichtigt nun, in einem sehr weitaussehenden Buche auf dem ganzen Gebiete des öffentlichen und des Privatrechts die Linien festzustellen, deren Ueberschreitung, geschehe sie von Behörden und Beamten oder von einzelnen Individuen, als ein gesetzwidriger Eingriff in die Rechte der Bürger, eine Verletzung ihrer individuellen Freiheit angesehen werden muß. Wie weit aussehend der Plan des Verfassers angelegt ist, ergibt sich aus der Tabelle in vol. I S. 70, wonach die Liberty of the Subject in folgenden zehn Abtheilungen dargestellt und erläutert werden soll.

I. *Substantive Law.* 1. *Security* of the person, 2. of the property, 3. of the marriage, 4. of public worship, 5. of thought, speech and character, 6. of contract and business, 7. of foreigners.

II. *Administrative Law.* 8. The judicature, 9. The Legislature, 10. The Executive Government (including local self-government).

Von diesen zehn Abtheilungen behandeln die beiden vorliegenden Bände ausschließlich die Security of the Person, und wenn die übrigen Abtheilungen eine auch nur annähernd gleich ausführliche Behandlung erfahren sollten, so wird das Werk, welches weniger für den Rechtsgelehrten als für das große Publikum bestimmt ist, Mühe haben, an seine wirkliche Adresse zu gelangen.

Digitized by Google

Wir übergehen die Einleitung, welche neue Eintheilungen und Definitionen einzubürgern sucht, mit denen ein kontinentaler Jurist sich kaum wird befreunden können, um sogleich zu dem weiteren Inhalte des Paterson'schen Buches überzugehen.

Er will in den beiden vorliegenden Bänden in eingehendster Weise zeigen, wie das Gesetz die individuelle Freiheit wahrt, was es thun kann, um das Individuum gegen widerrechtliches Eingreifen zu schützen, und wo dagegen ein solches Eingreifen gesetzlich erlaubt ist. Bei der Manigfaltigkeit und Reichhaltigkeit des Inhaltes der nun folgenden Ausführungen müssen wir uns begnügen, einzelne Gegenstände hervorzuheben, welche uns besonderer Aufmerksamkeit werth scheinen; dahin gehört das zweite Kapitel über die Haftpflicht wegen unerlaubter Handlungen, eigener und fremder, der Eisenbahnen, Werkbesitzer für ihre Angestellten, für Thiere u. s. w. Ferner das sechste Kapitel „Protection of the body against want and destitution", welches eine Uebersicht der Armengesetzgebung Englands enthält. Bei Bearbeitung dieses Gegenstandes stellt Paterson die kritische Frage, ob die gesetzgebende Gewalt auch jemals ernstlich erwogen habe, daß die Poor laws nicht lediglich erlassen worden seien, um einer Armee von Beamten Beschäftigung zu verschaffen. Im achten Kapitel wird die Gesetzgebung behandelt betreffend Verhaftungen, Schuldhaft, Untersuchungshaft, ferner die Mittel zu Erlangung eines Geständnisses, namentlich die Folter, ferner auf S. 205 bis 218 Inhalt und Praxis der habeas corpus act. Das folgende Kapitel hat die verschiedenen Strafen zum Gegenstand, Ruthenstreiche, Peitsche, Katze und wie die löblichen Instrumente alle heißen; ferner Gefängnißstrafe und Gefängnißordnung, Todesstrafe u. s. w. Eine eigenthümliche Erörterung finden wir in Bd. II, S. 298 über die Frage, ob es zulässig sei, zum Tode verurtheilte Verbrecher im Interesse der Wissenschaft Experimenten und namentlich Vivisektionen zu unterwerfen, eine Frage, welche in den ersten Jahrzehnten des letzten Jahrhunderts nicht nur sehr ernsthaft besprochen, sondern durch die Praxis in bejahendem Sinne entschieden wurde. Siehe Life of Lord Chancellor Hardwicke by Harris I, 116.

Im Jahr 1721 ließ sich sogar die Krone von dem Attorney Sir Robert Raymond und dem Solicitor General Sir Philip Yorke (später Lord Hardwicke) ein Gutachten ertheilen über folgende Frage:

„Whether His Majesty may by law grant his gracious pardon to two malefactors under sentence of death, upon

Digitized by Google

condition that they will suffer to be tryed upon them the experiment of inoculating the smallpox.“

Die Antwort lautete:

„The lives of these persons being in the power of His Majesty, he may grant a pardon to them upon such lawfull condition as he shall think fit, and as to this particular condition, wee have no objection in point of law, the rather because the carrying on this practice to perfection may tend to the general benefit of mankind.“ L. c. S. 117.

Ob diesem Gutachten weitere Folge gegeben worden sei, ist nicht ersichtlich.

Das neunte Kapitel hat die Pflichten gegen Kinder zum Gegenstand von der Geburt bis zu Erreichung des Alters der Mehrjährigkeit, Behandlung derselben in der Schule, der Lehrzeit, in Fabriken, Minen; Pflichten gegen uneheliche Kinder; Pflicht zur Erziehung, Schulzwang, Religionsunterricht, Impfzwang, Bestrafung jugendlicher Verbrecher. Die Kapitel 10 und 11 behandeln die Gesetzgebung insoferne sie namentlich das weibliche Geschlecht und die Geisteskranken zum Gegenstand hat. Endlich handelt in einem letzten Kapitel das Buch auch noch von den Rücksichten, welche der sterblichen Hülle eines Menschen geschuldet werden.

Eine gründliche Kenntniß seines Stoffes kann dem Verfasser nicht abgesprochen werden, und eine gewisse Breite der Behandlung mag durch die Rücksicht erklärt werden, welche er auf das nicht juristische Publikum glaubte nehmen zu sollen. Dagegen ist die Nichtberücksichtigung der auswärtigen, namentlich der deutschen Literatur, um so weniger zu entschuldigen, als wissenschaftlich gebildete Engländer selbst, wie z. B. Morier, längst sehr dringend auf dieselbe hingewiesen haben. Wie Finlason seiner Zeit eine neue Ausgabe von Reeves Rechtsgeschichte zu unternehmen sich erkühnen konnte, ohne die Arbeiten von Maurer, Schmid, Gundermann, Marquardsen, Gneist und Anderer zu kennen und zu verwerthen, ist ebenso unbegreiflich als unverzeihlich. Auch Paterson scheint Gneist nicht zu kennen und überhaupt der deutschen Literatur nicht nahe gekommen zu sein; sollte er daher sein weitangelegtes Werk fortsetzen, so ist ihm dringend zu rathen, das Versäumte nachzuholen, denn ohne die eingehendste Berücksichtigung der deutschen Literatur über englisches Recht ist selbst für einen Engländer auf diesem Gebiete kein Fortschritt zu erreichen. Uns Schweizer macht das Buch darauf aufmerk-

Digitized by Google

sam, daß der Staat des Bürgers und nicht der Bürger des Staates wegen da ist, und daß die Schulmeistertendenz, das einzelne Individuum im Staate aufgehen zu lassen, und die Sozialistentendenz, von dem Staate Alles zu erwarten und zu verlangen, jedem Fortschritt hindernd und feindlich entgegentritt.

K.

Pollock, Frederick. A Digest of the Law of Partnership. London: Stevens and Sons. 1877.

Wir haben Pollock schon früher kennen gelernt und den Leser auf seine „Principles of Contract at Law and in Equity“ aufmerksam gemacht. Die gute Meinung, welche sein Erstlingswerk erweckte, wird bestätigt durch seine zweite größere Arbeit über die Handelsgesellschaft. Die von ihm gewählte Form ist eine ungewöhnliche, sowohl in England als in Deutschland, und er rechtfertigt sich deßhalb in der Einleitung. Die meisten Bearbeitungen einzelner Theile des Rechtes erscheinen in der Form von sogenannten Textbüchern, ausführlichen Darstellungen der gewählten Materie unter voller Berücksichtigung der Rechtsprechung. Als solche Textbücher für das Recht der Handelsgesellschaft gelten die Bearbeitungen von Lindley für England und von Story für Amerika. Pollock wählte die Form eines „Digest“, d. h. eines Gesetzbuches nach dem Vorgang Macaulay's für das indische Strafgesetzbuch, — Siehe dessen Werke herausgegeben von Lady Trevelyan, Bd. VII, 415 fl. — und demjenigen von Sir James Stephen für Beweisrecht und Strafrecht. Der Stoff wird in Form eines Gesetzes verarbeitet und durch Beispiele in Exkursen erläutert; von einem wirklichen Gesetzbuch unterscheidet sich ein solcher Digest, abgesehen von seiner Autorität, namentlich dadurch, daß geltendes Recht, somit das Recht wie es ist, Gegenstand der Bearbeitung ist, und nicht Recht wie es sein sollte; das Buch handelt de lege lata und nicht de lege ferenda. Von einem Textbuch unterscheidet sich der Digest namentlich dadurch, daß er kürzer und präziser gehalten ist und keine Rücksicht nimmt weder auf außer Kraft gesetzte Gesetze, noch auf gegenstandslos gewordene Controversen.

Pollock hat diese Form eines Digest nicht nur gewählt, um den Stoff kürzer und klarer zu behandeln, sondern auch um ein Muster aufzustellen, wie Gesetze redigirt werden sollen. Die französischen Codes genügen ihm nicht, weil sie nicht begleitet

Digitized by Google

sind mit Erläuterungen und Anmerkungen, denen gleiche Gesetzeskraft beigelegt ist, wie dem Texte selbst, und er meint, eine Vergleichung der Codes annotés mit den „Anglo-India Acts“ führte nothwendig zu dem Schlusse, daß viele Controversen und viel Streit hätte vermieden werden können, wenn dem Texte einige Erläuterungen mit Gesetzeskraft wären beigegeben worden. Jedenfalls würde diese Methode die Gefahr vermindert haben, neue Gesetzgebereien nur aus dem Wunsche zu erklären, der Court of Queen's Bench Verlegenheiten zu bereiten. Pollock will sich hierüber nicht weiter aussprechen, weil man sich sonst über die gesetzgebenden Behörden in wenig respektabler Art äußern müßte — lest one should unadvisedly speak of the wisdom of the Legislature more lightly than beseems an English citizen and servant of the law. Das jedoch müsse man sagen, daß die den Parlamentsakten eigenthümliche Schreibart, welche es zuwege gebracht habe, holperig und dunkel zugleich zu sein, als ein natürliches Erzeugniß des englischen Geistes sich darstelle, der unfrei arbeite, ängstlich allen vorkommenden Fällen gerecht zu werden suche, und doch unfähig sei, sie genau und bestimmt hervorzuheben; der zwar eine bestimmte Ansicht habe, aber nicht fähig sei, sie in einer bestimmten Form auszudrücken.

Die bei den Indian Codes beobachtete Methode würde beide Uebel vermeiden und allgemeine Vorschriften mit besonderen Entscheidungen verbinden. Indem man den Erläuterungen die nämliche Gesetzeskraft beilegte, wie dem Gesetze selbst, würden dieselben als Commentar dienen, um die Meinung des Gesetzgebers festzustellen und als Richtschnur für den Richter. Daneben würden die richterlichen Entscheidungen immer von großer Bedeutung bleiben und selbst von Zeit zu Zeit in ihren feststehenden Resultaten dem Gesetz einverleibt werden können.

Von auswärtigen Gesetzgebungen komme das deutsche Strafgesetzbuch dem Ideal näher als andere, doch sei oft absichtlich mehr Spielraum gewährt, als ein englischer Jurist zugeben könne. Außer in Britisch-Indien sei nur ein ernsthafter Versuch gemacht worden, englisches Recht zu kodifiziren, nämlich in den Entwürfen eines Civil- und eines Strafgesetzbuches für den Staat New-York, allein der erstere habe sich als ungenügend erwiesen und keine Gesetzeskraft erlangen können. Mit Bezug auf das Civilrecht sei das indische Gesetz über Verträge immer noch bei weitem die vorzüglichste Leistung in dieser Richtung. Die Einwendung, daß Kodifikation der wissenschaftlichen Bearbeitung des Rechtes nachtheilig sein werde, läßt Pollock nicht gelten,

Digitized by Google

dagegen glaubt er, sie würde weniger in systematischen Handbüchern als in Kommentarien sich äußern, und hierin erblickt er einen handgreiflichen Gewinn. Das mühsame Aufstöbern von Gewährsmännern würde wegfallen und einer freieren wissenschaftlichen Behandlung Platz machen. Namentlich würde auch der Sinn für vergleichende und historische Jurisprudenz wieder mehr geweckt werden und das Studium des Rechtes wieder zu dem machen, was es früher war, zu einem Theile einer liberal education.

Der Verfasser geht sodann noch über zu einigen Einwendungen gegen die Kodifikation des englischen Rechtes, ohne jedoch dem kontinentalen Juristen viel Neues zu bieten. Sein Buch selbst, welches seine Kodifikationsvorschläge praktisch durchzuführen sucht, verdient alle Anerkennung, sowohl was äußere Anordnung, Vollständigkeit des Inhaltes, Beherrschung des Stoffes und Eleganz der Darstellung bedarf. Dessenungeachtet hat ein Rezensent in der Saturday Review vollkommen recht, wenn er die Befürchtung ausspricht, es könne noch eine lange Reihe von Auflagen dieses Buches erscheinen, bevor sein Wunsch nach einer guten Kodifikation des englischen Rechtes in Erfüllung gehen werde. Der Grund liegt weniger in der Schwierigkeit der Aufgabe als in der Naturanlage der Engländer, von welcher Guizot, Historie de la civilisation en Europe leçon 14, p. 373 sagt: Quiconque observera un peu attentivement le génie anglais, sera frappé d'un double fait: d'une part, de la sûreté du bon sens, de l'habileté pratique; d'autre part, de l'absence d'idées générales et de hauteur d'esprit dans les questions théoriques. Soit qu'on ouvre un ouvrage anglais d'histoire, ou de jurisprudence, ou sur toute autre matière, il est rare qu'on y trouve la grande raison des choses, la raison fondamentale.

An Versuchen und einzelnen Anläufen hat es nicht gefehlt, doch wurden sie immer wieder aufgegeben und nicht weiter verfolgt. So beabsichtigte man 1867 drei Materien zu kodifiziren, Wechselrecht, Pfandrecht und Grunddienstbarkeiten. Die Ausarbeitung eines Entwurfes betreffend die letzteren wurde Herrn John Leybourn Goddard übertragen, und er entledigte sich seiner Aufgabe zu voller Zufriedenheit der eingesetzten Kommission; dieselbe beantragte auch, daß mit der Kodifizirung des englischen Rechtes vorgegangen werde. Allein nicht nur wurde der Anregung keine Folge gegeben, sondern es wurden nicht einmal die eingereichten Entwürfe dem Druck übergeben. In Folge dessen

Digitized by Google

verarbeitete Goddard den sorgfältig gesammelten Stoff zu einer Monographie, welche im Jahr 1877 unter dem Titel: „A Treatise on the law of easements“ bereits in zweiter Auflage bei Stevens and Sons in London erschienen ist und sich nicht nur in England bei der „Profession“ allgemeiner Anerkennung erfreut, sondern auch in Deutschland und dem Kontinente überhaupt volle Beachtung verdient. K.

Juristische Dissertationen der Universität Genf und der Akademie Lausanne.

I.

Verbreiteter als in der deutschen Schweiz ist in der französischen die Uebung der studirenden Jugend, sich durch wissenschaftliche Arbeiten akademische Grade zu erwerben, und wenn wir recht berichtet sind, so beruht dieselbe auf einer Verpflichtung, seine Studien mit dem Licentiatenexamen abzuschließen. Infolge dessen kommen uns jährlich von Lausanne und Genf eine Reihe juristischer Dissertationen zu, die zwar selten mit so gründlichem, gelehrtem Apparat ausgestattet sind, wie die zürcherischen Doktordissertationen, aber dessenungeachtet von einem regen wissenschaftlichen Streben zeugen und daher die Anerkennung der schweizerischen Juristen gar wohl verdienen. Die meisten haben einen allgemeinen Charakter, indem sie irgend einen Gegenstand der Theorie oder Geschichte des Rechtes monographisch behandeln, andere dagegen nehmen unser besonderes Interesse in Anspruch, weil sie entweder das kantonale Recht besonders entwickeln, oder aber das bestehende oder im werden begriffene eidgenössische Recht eingehend berücksichtigen, sei es das interkantonale Privatrecht, seien es Theile des Rechts, welche bereits einheitlich geordnet sind oder einheitlich geordnet werden können, seien es endlich Gegenstände des öffentlichen Rechtes. Es ist uns nicht möglich, über die einzelnen Arbeiten Bericht zu erstatten, sondern wir müssen uns im Allgemeinen damit begnügen, auf dieselben hinzuweisen, ohne dabei auf das Vergnügen zu verzichten, einzelne einer nähern Würdigung zu unterziehen. Von den uns vorliegenden Druckschriften heben wir namentlich hervor:

A. Maréchal. Du domicile réel, Genève 1874. *Ernest Roguin.* Essai sur la succession en droit international privé, spécialement au point de vue des relations entre les divers cantons suisses et entre la France et la Suisse. Paris 1874.

Digitized by Google

Oltramare, Etienne. Essai critique sur le régime de la communauté légale, Genève 1874. *Dutoit, Ch.* Des concessions sur les cours d'eau, Lausanne 1874. *Ch. Soldan.* De l'influence de la loi d'origine et de la loi du domicile sur l'Etat et la capacité des personnes en droit international privé, Lausanne 1877. *Théophile Monod.* Le divorce, son développement historique et la loi suisse du 24 Décembre 1874, Lausanne 1877. *Alois de Meuron.* Du contrat d'assurance sur la vie, Lausanne 1877. Es werden in dieser Arbeit namentlich die statutarischen Bestimmungen derjenigen Gesellschaften behandelt, welche in der Schweiz Versicherungsgeschäfte abzuschließen pflegen, sowie diejenigen des Entwurfes eines eidgenössischen Obligationenrechtes.

Da wir auf diese Dissertation nicht näher eingehen können, so benutzen wir den Anlaß, einen Irrthum zu berichtigen, der sich auf pag. 111 findet. Dort wird behauptet, wenn Jemand eine Versicherung genommen habe auf das Ableben einer dritten Person und ohne deren Zustimmung, so könne er auf die Versicherungssumme nur dann und nur insofern Anspruch erheben, als er einen Schaden nachzuweisen vermöge. „la somme assurée ne puisse être exigée par celui au profit duquel elle a été stipulée, que jusqu'à concurrence de son intérêt à l'existence du tiers," ce que décide le 3me alinéa de l'art. 765 du projet fédéral. Der Verfasser fügt sodann bei: „cette doctrine est depuis longtemps confirmée en Angleterre, depuis un jugement rendu dans un procès intervenu après la mort du célèbre ministre Pitt." Diese Behauptung ist unrichtig und da dieser Fall von Pitt den Wenigsten bekannt ist, welche sich auf denselben berufen, so seien uns einige Bemerkungen darüber erlaubt:

Zuerst wurde der Fall angeführt in den Abhandlungen von Heise und Cropp II, 612, Anmerkung 48, ohne Detail, aber richtig. Ferner führt ihn Malß an in seinen Betrachtungen S. 60, beklagt aber, daß die nähern Gründe des Urtheils nirgends angegeben seien und es ihm auch nicht gelungen sei, derselben habhaft zu werden. Endlich Predöhl in der Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Bd. 22, S. 483. Letzterer sagt: „Es wurde durch eine besondere Parlamentsacte in einer cause célèbre solche Versicherung für hinfällig erklärt. Die Gläubiger des Staatsmannes Pitt hatten dessen Leben versichert, das Parlament bezahlte seine Schulden, die Lebensversicherungsansprüche wurden nicht anerkannt. Entscheidungsgründe fehlen." Diese

Digitized by Google

Anführungen beweisen, daß weder Malß noch Predöhl Gelegenheit hatten, den Fall zu lesen. Derselbe wurde keineswegs, wie Predöhl glaubt, durch eine besondere Parlamentsacte entschieden, vielmehr stützte sich der Richter auf 14 Geo. 3. c. 48. An act for regulating Insurances upon Lives, and for prohibiting all such Insurances except in Cases where the Persons insuring shall have an Interest in the Life or Death of the Persons insured — 1774 — abgedruckt in Chitty's Collection of Statutes vol. II, 844, mithin gestützt auf ein Gesetz, welches beim Tod Pitt's längst in Kraft war. Das Urtheil wurde ausgefällt in Sachen Godsall v. Boldero von Lord Ellenborough, und ist mit Thatbestand und Motiven abgedruckt in Smith (John William) A Selection of Leading Cases on various branches of the Law II, 204 fl., ein Buch, das sich gewiß auf vielen deutschen Bibliotheken vorfinden wird.

Das Gesetz von 1774 gestattete den Abschluß eines Versicherungsvertrages auf das Leben Dritter, insoferne der Versicherungsnehmer im Augenblick des Vertragsabschlusses ein Interesse an der Versicherung habe. Lord Ellenborough dehnte diese Bestimmung auch auf den Fall aus, wo der Versicherungsnehmer aufgehört hat, ein Interesse zu haben. Dieß war der Fall bei Pitt, dessen Schulden durch das Parlament bezahlt worden waren. Das Gesetz verbot nur einen Vertrag, welcher als ein Spielvertrag aufgefaßt werden konnte, während nun Lord Ellenborough den Nachweis eines Schadens verlangte. Dieser Entscheid war lange Zeit maßgebend, und sowohl in England als in Amerika beriefen sich die Richter auf den Fall Godsall v. Boldero. Diese Theorie aber, daß durch einen Lebensversicherungsvertrag nur eine Schadensersatzklage begründet werde, wurde „overruled“ durch die einmüthige Entscheidung von sechs Richtern der Exchequer Chamber in Sachen Dalby v. The India and London Life Assurance Company, und seither oft, so daß gegenwärtig ganz allgemein angenommen wird, es genüge, wenn das Interesse beim Vertragsabschluß vorhanden gewesen sei, und der spätere Wegfall eines solchen mache die Police nicht hinfällig.

Chitty l. c. S. 844, Anmerkung b; Smith l. c. II, S. 213; Williams, Principles of the Law of Personal Property, 8. edition, London 1873, S. 185; Bunyon, the Law of Life Assurance (nicht Insurance wie Predöhl angibt) S. 25 fl. London 1868; Stephens Commentaries II, 140; Addision on the Law of contracts S. 557. Die neuere englische Jurisprudenz wirkte

Digitized by Google

auch auf die amerikanische zurück, wie aus folgender Bemerkung von Kent, Commentaries on American Law III, 783 (12. ed.), hervorgeht: It is clear that if the insured had an interest at the time the policy was issued, it is not necessary that he should have one at the time of the death. Life insurance is not a contract of indemnity, and Godsall v. Boldero is no longer law.

Von ferneren Dissertationen führen wir an: *Covelle, Alfred Lucien.* Essai sur le nom en droit civil, Genève 1877. Die sehr eingehende Arbeit von *Serment, William,* Associations et corporations, Essai sur la situation légale au point de vue des biens, des associations privées autres que les sociétés civiles et commerciales, Genève 1877. Von Dissertationen, die Theile des öffentlichen Rechtes zum Gegenstande haben, sind hervorzuheben: *Claparède, Arthur de.* Essai sur le droit de représentation diplomatique, d'après le droit international moderne, Genève 1875. *Ruffy, Eugène,* L'extradition et les Traités conclus par la Suisse. Lausanne 1877.

Mehrere dieser Arbeiten liefern recht werthvolle Beiträge für eine künftige Codifikation und helfen den Boden bereiten, auf welchem allein eine solche mit Nutzen und Erfolg aufgebaut werden kann. Sie suchen daher nach ihren Kräften den nämlichen Zweck zu fördern, den der schweizerische Juristenverein anstrebt. Wenn es uns daher auch nicht möglich ist, auf alle Arbeiten einzugehen, so behalten wir uns doch vor, einzelne etwas genauer zu besprechen. K.

Kreisschreiben des Appellations- und Kassationshofes

an

die Gerichtspräsidenten, Amtsrichter, Amtsgerichtsschreiber, Amtsgerichtsweibel und Unterweibel, Rechtsagenten und Fürsprecher, welche sich mit Schuldbetreibungen befassen.

Bern, den 12. Januar 1878.

Tit.

Aus Anlaß eines flagranten Spezialfalles sehen wir uns genöthigt, in Betreff verschiedener Mißbräuche, welche sich im Vollziehungsverfahren in Schuldsachen immer wieder geltend machen, einige Weisungen zu erlassen.

Digitized by Google

I. Die Bewilligung von Betreibungsakten hat durch den Gerichtspräsidenten selbst und nicht durch einen Stellvertreter zu geschehen, so lange Ersterer nicht durch einen gesetzlichen Grund verhindert ist. Im letztern Falle hat der Stellvertreter hievon bei der Bewilligung Anmerkung zu machen, z. B. „für den in Urlaub befindlichen Gerichtspräsidenten" oder „wegen Rekusation des Gerichtspräsidenten" u. s. w.

II. Ueber die Gantpublikationen hat der Amtsgerichtspräsident oder der Amtsgerichtsschreiber eine Kontrole zu führen, aus welcher sich ergibt, ob gegen die jeweiligen Schuldner bereits die Gant ausgeschrieben sei, und es ist in diesem Falle die Vorschrift des § 493 in fine V. V. streng zu beachten. Richter, die dieser Vorschrift zuwiderhandeln, werden von uns disziplinarisch bestraft und für die unnöthigen Kosten verantwortlich gemacht werden.

III. Vielfach kommt es vor, daß für ganz kleine Schuldbeträge unnöthig große Pfändungen ausgeführt, wie z. B. Liegenschaften gepfändet werden. Dieß widerspricht der ausdrücklichen Vorschrift des § 457 V. V. und trägt vielfach zur ungünstigen Beurtheilung unseres Exekutiv-Verfahrens in der öffentlichen Meinung bei. Weibel, welche sich dergleichen zu Schulden kommen lassen, haben ebenfalls disziplinarische Ahndung zu gewärtigen.

IV. Wenn Weibel mehrere Vollziehungsbefehle gegen den nämlichen Schuldner in Händen haben, so sollen sie die Pfändung in Einem Verfahren vornehmen (§ 454, 2. Alinea V. V.). Daraus folgt, daß sie auch nur für Eine Pfändung die Gebühr anzusetzen haben, welche eventuell auf die verschiedenen Betreibungen zu vertheilen ist.

V. Manche Betreibungsbevollmächtigte erlauben sich, wenn die Gantsteigerung aus irgend einem Grunde verschoben worden und die Publikation lediglich in Bezug auf das Datum abgeändert zu werden braucht, auch für die neue Publikation den vollen Tarifansatz für Haupt- und Nebendoppel in Rechnung zu bringen. Die Gerichtspräsidenten werden angewiesen, auf solche Ueberforderungen, wie auch sonst auf übermäßige Ansätze bei allfälligen Moderationen zu achten und bei Rückfällen hierorts Anzeige zu machen.

VI. Um dem hin und wieder sich zeigenden Mißbrauche, daß Notare als angebliche Cessionäre der Gläubiger Schuldbetreibungen führen, möglichst zu begegnen, werden die Gerichtspräsidenten angewiesen, sich vor der Bewilligung von Vollziehungs-

Digitized by Google

befehlen, welche von Notarien „als Cessionäre" dritter Personen nachgesucht wird, jeweilen schriftliche Abtretungsurkunden der angeblichen Cedenten vorlegen zu lassen.

Bemerkung. Das Kreisschreiben des Appellations- und Kassationshofes ist gewiß sehr anerkennenswerth, berührt aber größere und offenkundige Uebelstände nicht. Mit den Geltstagserkennungen wird ein unglaublicher Unfug getrieben. Den deutlichsten Vorschriften des Gesetzes zuwider läßt man die Provisorien Monate und Jahre andauern, während ein längerer Aufschub als 60 Tage unter keinen Umständen gestattet werden soll; und selbst nach erkanntem Geltstag wird die Publikation und bei Beamten die vorgeschriebene Anzeige an den Regierungsstatthalter willkürlich hinausgeschoben oder gar nicht vorgenommen. Diese Unterlassung ist keine bloße Unregelmäßigkeit, sondern eine grobe Gesetzesverletzung, welche die bedenklichsten Folgen haben und und das eheliche Güterrecht zum Nachtheil Aller verwirren kann. Durch die Erkennung des Geltstages verliert der Ehemann seine Rechte auf das Frauenvermögen, und er erlangt sie später auch dann nicht wieder, wenn der Geltstag aufgehoben wird. Diese Folge tritt nicht erst durch die Publikation ein und ist nicht durch dieselbe bedingt, um so dringender ist es geboten, Dritte durch Bekanntmachung von den veränderten Verhältnissen in Kenntniß zu setzen, und gerade hier pflegt der Appellations- und Cassationshof seine Augen zu schließen, statt strenge Wache zu halten. In dem Betreibungsverfahren hat ferner der betreibende Anwalt fortwährend mit dem Uebelwollen und dem Widerstreben von Weibeln zu kämpfen, welche Zahlungsaufforderungen zurückhalten, Pfändungen verschieben, Stundungen ertheilen, eingezogene Gelder nicht abliefern, wohl wissend, daß eine strenge Kontrole nicht ausgeübt wird. Diese Uebelstände sind weit bedeutender als die im Kreisschreiben gerügten, und da sie dem Gerichtshofe bekannt sein müssen, so ist zu erwarten, daß er es bei diesem ersten Schritte nicht werde bewenden lassen, und durch strengere Kontrole nach allen Richtungen dazu beitrage, „der ungünstigen Beurtheilung unseres Exekutiv-Verfahrens in der öffentlichen Meinung" Grund und Vorwand zu nehmen. K.

Stämpfliche Buchdruckerei in Bern.

Digitized by Google

Zeitschrift

des

Bernischen Juristen-Vereins.

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung der Kantone Bern, Luzern, Aargau und Solothurn.

Band XIII. 4. Heft. 1878.

Die Appellabilität des Beweisdekrets im summarischen Prozesse.

Die Redaktion dieser Zeitschrift hat auf Seite 363 ff. des laufenden Bandes auf eine Reihe von Entscheidungen des Appellhofes aus dem Jahre 1877 hingewiesen, welche den Satz aussprechen, daß in denjenigen Streitigkeiten, wo die Prozeßinstruktion vor dem urtheilenden Richter oder Gerichte selbst stattfindet, eine besondere Appellation über das Dekret betreffend die Beweisaushebung nicht stattfinde; sie hat diese Praxis mit scharfer Lauge der Kritik übergossen, sie als „dem Gesetz widersprechend", als „inkonsequent", als „mit dem Geist unserer Gesetzgebung im Widerspruch" und zu Weitläufigkeiten führend bezeichnet.

Wenn der Professor des vaterländischen Rechts an unserer Hochschule sich mit einer Rechtsanschauung des obersten Gerichtshofes in so grundsätzlichem Zwiespalte befindet, so ist das Bedürfniß vorhanden, dem juristischen Publikum die Gründe einläßlicher darzulegen, welche für dieselbe sprechen, Gründe, die sich wohl eben so gut hören lassen, wie die Johnson'sche Hammelsbraten-Kritik. Wenn Einsender dieß in den folgenden Zeilen zu thun versucht, so thut er dieß

Digitized by Google

übrigens nur aus eigenem Antrieb im wissenschaftlichen Interesse.

I. Jedermann beklagt sich über die Langsamkeit und Kostspieligkeit des dermaligen bernischen Prozeßverfahrens, und die Reformversuche sind an der Tagesordnung. Diese Klagen sind nicht unbegründet; denn es ist in Wirklichkeit selten, daß ein appellabler Prozeß von der Klagemittheilung bis zum Endurtheil weniger als ein Jahr dauert, und die Kosten jeder Partei belaufen sich in der Regel auf mindestens Fr. 300 bis 400. In letzterer Beziehung wird das Gesetz über die Amts- und Gerichtsschreibereien hoffentlich einige Abhülfe bringen; denn der Löwenantheil an den Kosten fiel verhältnißmäßig bisher nicht den Anwälten, sondern den blos mechanisch mitwirkenden Gerichtsschreibern zu. Hinsichtlich der Langsamkeit würden fähige Instruktionsrichter, welche mit den nöthigen Kompetenzen gegenüber den Parteien und Anwälten ausgerüstet wären, manchem Mißbrauch steuern können. Man ist gewohnt, der Schriftlichkeit und der Eventualmaxime unseres Prozesses hier die Hauptschuld zuzuschreiben; allein wenn wir die vielen Termine bei den im Jura vor Handelsgericht verführten Prozessen in's Auge fassen, wo Mündlichkeit dem Namen nach herrscht und neue Anbringen zulässig sind, so werden wir wohl zugeben müssen, daß der Fehler großentheils nicht in den Grundsätzen des Verfahrens liegt und eine feste Prozeßleitung schon ganz erheblich bessere Zustände herbeiführen könnte; allein durch Bestimmungen wie die des § 89 P. sind auch dem eifrigsten Gerichtspräsidenten die Hände gebunden. Hiemit soll nur angedeutet sein, daß falls die angestrebte Totalrevision unserer Prozeßordnung sich als unthunlich erzeigen sollte, eine Partialrevision verbunden mit besserer Besetzung der Gerichtspräsidentenstellen die schreiendsten Mißstände zu beseitigen im Stande wäre. Der Wunsch des Appellations- und Kassationshofes nun, an der Hand der bestehenden Gesetzgebung die Vereinfachung und Abkürzung

Digitized by Google

der Prozesse so viel möglich zu begünstigen, führte unter anderm zur Prüfung der Frage, ob die bisherige Praxis, wonach die Vorschriften über den Beweisentscheid auch im Verfahren über Vor- und Zwischenfragen befolgt zu werden pflegten, im Gesetze begründet sei.

II. Einer der Hauptübelstände der Prozeßordnung vom Jahr 1821 war das sog. Incidentalverfahren. Unglücklicher selbst als der gemeine deutsche Prozeß, gestattete sie eine gesonderte Verhandlung über jedes unserer heute sogenannten Zwischengesuche, über die dilatorischen und die „prozeßhindernden" Einreden, ja selbst über die Einrede der mangelnden Sachlegitimation; diese Verhandlung war in dem Sinne eine „summarische", daß die Anbringen „zu Protokoll diktirt", die Fristen in der Regel nur vierzehntägige waren, und die Appellation sofort nach der Eröffnung des Urtheils erklärt werden mußte. Im Uebrigen aber fand eine ordentliche Instruktion vor dem Gerichtspräsidenten statt (der freilich nach Niggeler's Ausdruck „dabei schlafen konnte") und die erstinstanzliche Beurtheilung erfolgte durch das Amtsgericht. „Erst nach sechs möglichen Vorgefechten kam man dann endlich zur Hauptvertheidigung" (Tagbl. d. Gr. R.). Ebenso wurde verhandelt bei Streitigkeiten über die Redaktion der Beweissätze, die Beweiseinreden u. s. w. Damit wollte der Gesetzgeber vom Jahr 1847 aufräumen. An die Stelle der Satzungen 153 bis 159 kamen die §§ 141 bis 144 P., beziehungsweise §§ 137 bis 140 des damaligen Entwurfes. Die Zahl der von der Einlassung auf die Klage befreienden Einreden wurde auf das nothwendigste Maß beschränkt; die Verhandlungsweise derselben dem Prinzip der Mündlichkeit unterworfen und ein durchaus schleuniges Verfahren mit Entscheidung durch den Instruktionsrichter vorgeschrieben. Der dieses Verfahren normirende § 138 des damaligen Entwurfes sah ein Beweisverfahren über die zu Begründung des Zwischengesuches angebrachten Thatsachen überhaupt nicht vor; er lautete lediglich folgender-

Digitized by Google

maßen: „Stehen dem Beklagten mehrere der oben aufgezählten Einreden zu Gebote, so sollen zuerst die allfälligen Rechtsversicherungs- und Armenrechtsgesuche, besonders oder vereint, vorgebracht und nach deren Erledigung alle übrigen Einreden auf einmal geltend gemacht werden, die Fälle ausgenommen, wo der Umstand, durch welchen die Einrede begründet wird, erst später eintritt. Die daherigen Streitfragen sind in einem Termine mündlich zu verhandeln und von dem Gerichtspräsidenten, unter Vorbehalt der Weiterziehung, zu beurtheilen." (Tagbl. vom 2. Juni 1847, pag. 2). In seinem Eingangsrapporte hiezu machte Niggeler nun darauf aufmerksam, daß der Fall nicht vorgesehen sei, wo eine Beweisführung nöthig erscheine, wie namentlich, wenn die Zuständigkeit des Gerichtes bestritten werde. „Man muß, so fuhr er fort, z. B. untersuchen: wo liegt der größere Theil des Streitgegenstandes? Darüber ist vielleicht ein Augenschein oder eine Zeugenabhörung nöthig." Er schlug zugleich einen Zusatz vor, der im Wesen dem zweiten Satz des heutigen § 143 P. entspricht. In der Diskussion rügte dann Blösch noch die nämliche Auslassung und verwies auf § 294 des Entwurfs (jetzt § 300 P.) vom amtsgerichtlichen Kompetenzverfahren, der auch hier einzuschieben sei; diese Bemerkung, der Sache nach identisch mit dem Niggeler'schen Zusatz, wurde vom Berichterstatter zugegeben und erheblich erklärt. Hier haben wir also die Genesis der das heutige sog. Incidentalverfahren normirenden Gesetzesbestimmungen. Daraus wie aus dem Wortlaut selbst ergibt sich zur Evidenz, daß ein möglichst kurzes, durchaus mündliches, theilweise amtliches Verfahren bezweckt wurde, ohne artikulirte Parteischriften oder Diktate und jedenfalls auch ohne förmlichen, mithin ohne appellabeln, Beweisentscheid.

III. Wem das Letztere noch zweifelhaft erscheinen sollte, der mag daran erinnert werden, daß das Institut des

Digitized by Google

Beweisentscheides überhaupt erst durch das gegenwärtig geltende Gesetz in das bernische Recht eingeführt wurde, dem es früher unbekannt war (das Nähere siehe Rheinwald, Commentar ad § 172 und Tagbl. d. Gr. R. 1847, Nr. 91, S. 5), und daß bei dem Verfahren über Vor- und Zwischenfragen und den analogen Vorschriften bei provisorischen Verfügungen u. s. w. eine Verweisung auf die den Beweisentscheid betreffenden Vorschriften nirgends sich findet. Wie soll nun die Appellation zulässig sein über ein richterliches Dekret, das nicht den Charakter eines eigentlichen Beweisentscheides, also auch nicht denjenigen eines Zwischenurtheils hat?

IV. Wenn der Richter alle erheblichen Thatsachen für zugestanden oder durch die ihm vorgelegten Urkunden bewiesen erachtet, so hat er nach § 143 P. sofort zum Urtheil über die streitige Vor- oder Zwischenfrage zu schreiten, wo findet da die von der Tit. Redaktion geforderte Appellation über den Beweisentscheid ihren Platz? Dieß wird namentlich in solchen Fällen vorkommen, wo der Beweis ganz oder theilweise durch Urkunden angetreten wurde, und ist die nothwendige Folge des Unterschiedes zwischen der Beweisführung durch Urkundenbeweis und denjenigen Beweismitteln, welche eine sogenannte materielle Beweisführung, ein besonderes Verfahren erfordern. Die Urkunden werden dem Richter sogleich mit oder nach den mündlichen Vorträgen unterbreitet und von ihm geprüft, während im ordentlichen Verfahren die Prüfung der Urkunden regelmäßig erst beim Haupturtheil stattfindet und alle verneinten Thatsachen, mag sich ihre Richtigkeit noch so deutlich aus den Urkunden ergeben, zum Beweise förmlich auszuheben sind.

V. Allein auch ein anderweitiges Beweisverfahren soll durch Appellationserklärungen nicht aufgehalten werden. Dieß lehrt der Wortlaut des § 143 P. deutlich, indem er die Einleitung eines weitern „sachgemäßen Verfahrens"

Digitized by Google

nur dann gestattet, wenn die Beweisführung nicht sofort stattfinden kann. Sind also die Parteien persönlich anwesend, so muß z. B. die eidliche Abhörung sogleich im ersten Termine stattfinden; anwesende Zeugen sind sofort abzuhören; ein Augenschein im Gerichtslokal oder dessen Nähe ist sofort vorzunehmen, u. s. w.

Grundsatz ist also: Durchführung des Verfahrens über Vor- und Zwischenfragen bis zum erstinstanzlichen Haupturtheil ohne Unterbrechung durch Appellationserklärungen über die zu dieser Durchführung erforderlichen Anordnungen des Richters.

VI. Die Verwirklichung dieses Grundsatzes kann allerdings zu Schwierigkeiten führen, welche der Gesetzgeber nicht ausdrücklich vorgesehen hat und deren Lösung wir unten andeuten werden. Diese Schwierigkeiten, vor Allem aber die Anhänglichkeit an die Gewohnheiten des frühern Verfahrens, die mangelhafte Befähigung oder Geschäftsüberhäufung mancher Richter und Gerichtsschreiber u. s. w., führten eine Praxis herbei, welche von dem alten „summarischen" Verfahren sich fast nur noch dadurch unterschied, daß das Urtheil nicht vom Amtsgericht, sondern vom Gerichtspräsidenten ausgefällt wird, und daß zu den andern Umständlichkeiten, wie Diktaturen, Pseudo-Diktaturen, Terminen u. s. w., noch ein förmlicher Beweisentscheid der Parteien oder des Richters hinzugefügt wurde, über den dann frisch und froh appellirt zu werden pflegte, ganz als ob man sich im ordentlichen, schriftlichen Verfahren befände. Wie es möglich wurde, daß ein solcher Mißbrauch festen Bestand gewinnen konnte, ist hier nicht zu untersuchen. Es trat eben in hohem Maße ein, was Rheinwald Seite VII der Vorrede zu seinem Commentar (Bern, 1848) befürchtete. Man war also noch um etwas hinter das Jahr 1823 zurückgelangt. — Hiemit will der oberste Gerichtshof aufräumen; er will den wahren Sinn und Geist der Gesetzgebung von 1847 wieder zur Geltung bringen. Die verehrliche Redak-

Digitized by Google

tion der Zeitschrift glaubt, er fasse diesen Geist unrichtig auf. Wortlaut und Absicht des Gesetzes stehen nicht auf ihrer Seite.

VII. Wenn sonach das von dem Appellhof ausgesprochene Verbot der Zwischenappellation mit dem § 143 P. in vollem Einklang steht, so haben wir noch die übrigen Einwendungen zu prüfen, welche die Redaktion gegen dasselbe erhebt.

1. Das zweite Alinea des § 143 P. sei nicht blos auf Haupturtheile, sondern auch auf Zwischenurtheile des Gerichtspräsidenten zu beziehen, wofür auf § 341 P. verwiesen wird. Was versteht unser Gesetzbuch überhaupt unter einem Urtheile? Der Beweisentscheid wird ausdrücklich nirgends als solches bezeichnet, und wenn man ihn nach Vorgang des gemeinen deutschen Prozesses als bedingtes Endurtheil, resp. als eigentliches Zwischenurtheil betrachten will, so paßt diese Auffassung jedenfalls nur für das ordentliche Verfahren, denn nur hier kann und soll er alle hiezu erforderlichen Bestandtheile: Feststellung der Streitfragen, Vertheilung der Beweislast, Ausscheidung der zugestandenen, der verneinten, der unerheblichen Thatsachen enthalten, während im Incidentalverfahren der Richter, wie wir gesehen, nur durch eine kurze prozeßleitende Verfügung die zu beweisenden Thatsachen sammt Beweismitteln bezeichnen wird. Eine Ausnahme könnte nur gemacht werden in Betreff der Entscheidungen über Beweiseinreden, welche nach allgemeiner Vorschrift „in Urtheilsform erlassen und motivirt" werden sollen. Allein abgesehen davon, daß durch Einkleidung aller möglichen Anträge und Begehren in die Form einer Beweiseinrede das vom Gesetzgeber ausgeschlossene Uebel der Zwischenappellation wieder in das Incidentalverfahren eingeschleppt werden kann, würde man demselben nicht eine Inkonsequenz zutrauen, wenn man annähme, daß er die Appellation in Betreff von Fragen über Zulässigkeit und Beweiskraft gewisser Beweismittel gestatten, in

Digitized by Google

Betreff der Beweislast und des Beweisthema's dagegen ausschließen wollte? Jedenfalls ist hier zu unterscheiden zwischen solchen Fällen, wo das Haupturtheil durch die fragliche Entscheidung wesentlich beeinflußt würde, z. B. der Richter gestattet die Eideszuschiebung, gegen welche excipirt worden war und ordnet die eidliche Abhörung des Delaten an, und solchen, wo ein angebotener Beweis nicht zulässig befunden wird. Im letztern Falle hindert den erstinstanzlichen Richter nichts, sogleich zum Haupturtheil überzugehen, und die Appellation über die Beweiseinrede gelangt sodann gleichzeitig mit derjenigen über das letztere vor die obere Instanz.

Wir glauben nun aber, es solle grundsätzlich die Kontinuität des erstinstanzlichen Verfahrens als Regel für Incidentalstreite festgehalten und ein Rechtsmittel gegen Zwischenentscheide nur in dem Maße zugelassen werden, als durch diesen Grundsatz unheilbare Rechtsverletzungen entstehen würden, wie z. B. in dem oben erwähnten Falle einer unzulässigen Eideszuschiebung. Als einzig zulässiges, aber auch durchaus hinreichendes Rechtsmittel bietet sich hier die Beschwerdeführung dar, durch die das Verfahren sistirt werden kann, die aber auch in weit kürzerer Zeit erledigt wird, als dies bei der Appellation leider möglich ist. Der Beschwerdeführer wird aber zu beweisen haben, daß die angefochtene prozeßleitende Verfügung, und als solche ist das Beweisdekret im Incidentalverfahren aufzufassen, das ganze Verfahren derart auf eine falsche Bahn geleitet hätte, daß eine Korrektur nach dem erstinstanzlichen Haupturtheil nicht mehr möglich wäre. In allen andern Fällen können nachträgliche, von dem Appellhofe anzuordnende Erhebungen einer unvollständigen Beweisführung nachhelfen, Erhebungen, die sich selbstverständlich auf die von Parteien angerufenen Thatsachen und Beweismittel, die der Unterrichter unberücksichtigt gelassen hat, zu beschränken haben.

Die Anrufung des § 341 P. durch die Redaktion der Zeitschrift ist nicht zutreffend, weil über die Appellabilität des Beweisentscheides Spezialvorschriften bestehen, vide

Digitized by Google

§ 176 P., und das Beweisdekret im Incidentalverfahren kein Urtheil bildet.

2. Betreffend den Vorwurf der Inkonsequenz, der dem Gerichte gemacht wird, ist vor Allem darauf hinzuweisen, daß die Anschauungsweise des Gerichts allerdings anfänglich einigen Schwankungen unterworfen war, bis sämmtliche Mitglieder der oben ausgeführten Theorie beitraten, und es ist dieß bei der großen Kargheit des Gesetzes in diesem Punkt nicht zu verwundern. Allein die Kritik des in Sachen Waldkirch c. Novelli unterm 21. Juni 1877 erlassenen oberinstanzlichen Beweisentscheides (pag. 365) ist unrichtig, indem v. Waldkirch in Betreff des Art. 19 der Replik die Gewissensvertretung übernommen hatte,*) wonach ihm allerdings laut § 253 P. der Beweis des Gegentheils der dortigen Behauptung oblag, was der Gerichtspräsident außer Acht gelassen hatte; sodann beruhte die Fassung der Motive auf einem Versehen, das leicht zu entdecken war, da sie in der That zu dem Dispositiv nicht passen. (Es waren irrigerweise die Motive der Minderheit zu Papier gebracht worden.) Im Uebrigen hat nun der Appellhof an der Unzulässigkeit solcher Appellationen seither festgehalten und sie in einer größern Anzahl amtlicher Entscheidungen durch Forumsverschließung zum Ausdruck gebracht.

3. Daß endlich das adoptirte System größere Weitläufigkeiten zur Folge habe, als die bisherige mißbräuchliche Praxis, ist schwer zu glauben. Wird das Verfahren in erster Instanz bis zum Urtheil fortgesetzt, so fällt eine Menge oft unbegründeter Appellationen weg, und in den Ausnahmefällen, wo wesentliche Thatsachen unberücksichtigt geblieben sind (unsere Gerichtspräsidenten sündigen bekanntlich leichter im entgegengesetzten Sinn), nimmt die nachträglich angeordnete Beweisführung nicht mehr Zeit in Anspruch, als es die erstinstanzlich angeordnete gethan hätte.

4. Das von der Redaktion als unverständlich bezeichnete zweite Motiv des Urtheils vom 6. Juli 1877 (pag. 363)

*) Dieß ist aus dem Thatbestande des Urtheils nicht ersichtlich. K.

Digitized by Google

hat denn doch seine gute Berechtigung, wenn man bedenkt, daß die Rechtsanschauung des urtheilenden Richters über den einzelnen Fall schon bei der Frage ihren Einfluß äußert, ob und worüber ein Beweis zu führen sei, und daß diese Rechtsanschauung nur dann eines Korrektivs bedarf, wenn der instruirende mit dem urtheilenden Richter nicht identisch ist.

VIII. Unsere Auslegung des § 143 P. ist nun auch auf die beinahe gleichlautenden Vorschriften über besondere Prozeßverfahren anzuwenden, und zwar, abgesehen von den gewöhnlichen Streitigkeiten im Vollziehungsverfahren (§ 406) noch:

a. bei sog. Vindikationen im Gant- oder Geltstagsverfahren (§ 504, vgl. 570 V. V.);
b. bei Streitigkeiten über Bestandverbote (§ 649 V. V.);
c. bei Wechselprozessen (§ 101 W. O.);
d. bei Streitigkeiten über provisorische Verfügungen (§ 320 P.) und über Provokationen (§ 326 P.);
e. beim sog. Moderationsverfahren über Schadenersatzforderungen (§ 337 P.);
f. bei denjenigen appellabeln Streitigkeiten, welche durch § 45 G. O. in das amtsgerichtliche sog. Kompetenzverfahren gewiesen sind.

Alle diese Verfahren pflegen als summarische im Gegensatz zum ordentlichen bezeichnet zu werden. Sie sind es aber in Wirklichkeit nur dann, wenn die gesetzlichen Vorschriften befolgt und alle unzulässigen Weitläufigkeiten vermieden werden. Zu diesen gehört aber die besondere Appellation über das Beweisdekret. Z.

Anmerkung der Redaktion. Für Mittheilung und Begründung seines Widerspruches sind wir Hrn. Oberrichter Dr. Zeerleder zu Dank verpflichtet; da jedoch unsere Ansicht die Zustimmung mehrerer der tüchtigsten Advokaten erhalten hat, und die dagegen vorgebrachten Gründe uns nicht veranlassen können, die „Johnson'sche Hammelsbraten-Kritik" auch nur in einem einzigen Punkte zu modificiren, so werden wir in der nächsten Nummer unsere Gründe nochmals zusammenstellen und verstärken. K.

Digitized by Google

Ueber den Begriff des Betriebes einer Eisenbahn- oder Dampfschifffahrts-Unternehmung nach dem Bundesgesetze betreffend die Haftpflicht derselben bei Tödtungen und Verletzungen.

Ein Rechtsgutachten

betreffend

die Frage, ob der in Art. 2 des schweizerischen Gesetzes vom 1. Heumonat 1875 enthaltenen Redewendung „beim Betriebe einer Eisenbahn-Unternehmung" ein anderer und zwar weiterer Sinn beigelegt werden wollte, als dem entsprechenden Ausdrucke „bei dem Betriebe einer Eisenbahn" in § 1 des deutschen Reichs-Haftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871?

(Von Herrn Prof. Dr. H. Fick in Zürich.)*)

Vorwort.

Es sind mir zwei Urtheile des Bezirksgerichtes Zürich, das eine in Sachen Streuli gegen Nordorstbahn, vom 7. Juli 1877, das andere in Sachen Schubert gegen Nordostbahn, vom 7. November 1877, und ein Urtheil des Obergerichtes in Zürich in der ersterwähnten Sache, vom 6. November 1877 vorgelegt worden.

Die beiden bezirksgerichtlichen Urtheile gehen von dem Gesichtspunkte aus, daß den Worten „beim Betriebe einer Eisenbahn-Unternehmung" in Art. 2 des schweizerischen Gesetzes betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschifffahrts-Unternehmungen bei Tödtungen und Verletzungen kein anderer und namentlich kein weiterer Sinn habe beigelegt werden wollen, als dem entsprechenden Ausdrucke „bei dem Betriebe einer Eisenbahn" im deutschen Reichs-

*) Herr Prof. Dr. H. Fick hat der Redaktion mit gewohnter Zuvorkommenheit den Abdruck dieses Gutachtens gestattet.

Digitized by Google

Haftpflichtgesetze vom 7. Juni 1871. Das obergerichtliche Urtheil hat einen geradezu entgegengesetzten Standpunkt eingenommen. Es hat dabei besonderes Gewicht gelegt auf eine Bemerkung in meiner Schrift „die schweizerischen Rechts-„einheits-Bestrebungen insbesondere auf dem Gebiete des Eisenbahnrechts. Erlangen 1874, pag. 226." Hier wird eine Ansicht von Endemann über den Sinn der fraglichen Worte als richtig vorausgesetzt, welche später von allen Commentatoren des deutschen Gesetzes, sowie durch die Praxis des deutschen Reichs-Oberhandelsgerichtes als unrichtig, als den Begriff des Betriebes einer Eisenbahn viel zu weit fassend, verworfen und schließlich auch von Endemann selbst in einer zweiten Auflage seiner Schrift „die Haftpflicht u. s. w. Berlin 1876", pag. 15, zurückgenommen worden ist.

Mit Rücksicht auf meine Mitwirkung bei der Redaktion des schweizerischen Gesetzes bin ich zu einem Gutachten über die Frage aufgefordert worden, welcher von diesen beiden entgegengesetzten Standpunkten der richtige sei.

Indem ich dieser Aufforderung nachkomme, werde ich zunächst eine Darstellung des Zustandekommens der hier wesentlich in Betracht kommenden Bestimmungen des schweizerischen Gesetzes vom 1. Heumonat 1875 voranschicken, aus der sich von selbst ergeben dürfte, daß der in den beiden bezirksgerichtlichen Urtheilen eingenommene Standpunkt entschieden den Vorzug verdiene. Sodann werde ich in einem zweiten Theile die gewichtigsten Gründe, die für den entgegengesetzten Standpunkt in dem obergerichtlichen Urtheile angeführt werden, zu widerlegen versuchen.

Als Ergebniß dürfte sich wohl herausstellen, daß die gesetzgebenden Organe der Eidgenossenschaft, wenn sie überhaupt von der extensiven Interpretation Endemanns der Worte „beim Betriebe" Kenntniß genommen haben, diese Ansicht nicht billigten und durch die definitive Gestaltung des Gesetzes verworfen haben.

Digitized by Google

I.

Darstellung des Zustandekommens des schweizerischen Gesetzes vom 1. Heumonat 1875.

Das gemeine deutsche Civilrecht und die von ihm beherrschten Partikularrechte, zu welchen namentlich sämmtliche kantonale Rechte der deutschen Schweiz gehören, gehen bekanntlich von dem Prinzipe aus, daß in außerkontraktlichen Verhältnissen, d. h. abgesehen von einer ausdrücklich oder stillschweigend übernommenen vertragsmäßigen Garantie, ein Gewerbsherr *nicht* für Schäden einzustehen habe, die ohne nachweisbares *Verschulden* von seiner Seite durch seine Leute (Angestellte, Arbeiter) oder seine Betriebsmittel (Maschinen, Werkzeuge, Anlagen) verursacht werden.

Einzelne Ausnahmen von diesem Prinzipe mit Rücksicht auf die *subjektive* besondere Gefährlichkeit gewisser Gewerksarten (nautae, caupones et stabularii) hatte schon das römische Recht eingeführt. Mit Rücksicht auf die *objektive* Gefährlichkeit der Meeresschifffahrt ist dies Prinzip wohl überall schon frühzeitig sehr wesentlich modifizirt worden. (Vgl. die Motive zu § 407 des preußischen Entwurfes eines Handelsgesetzbuches.)

Zu einer durchgreifenden Aenderung dieses Prinzips, wie sie in Art. 1384 des code civil enthalten ist, hat man sich bis zur Stunde weder in Deutschland, noch in der Schweiz entschließen können. Das deutsche Reichs-Haftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871, sowie das schweizerische Gesetz vom 1. Heumonat 1875 betreffend die Haftpflicht u. s. w. und die Bestimmungen des Art. 5 des erst vor Kurzem angenommenen Gesetzes betreffend die Arbeit in den Fabriken sind daher bis zur Stunde noch als Ausnahmsgesetze zu betrachten, welche, um ganz bestimmten praktischen Bedürfnissen Rechnung zu tragen, das Prinzip durchbrechen, und daher nicht über den ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers hinaus ausgedehnt werden dürfen.

Digitized by Google

Ein dringendes praktisches Bedürfniß, das Prinzip zu durchbrechen, und zwar in einem viel weitergehenden Umfange, als bei den erwähnten Ausnahmen des römischen Rechtes und des Seerechtes, mußte sich ganz besonders seit Einführung der Eisenbahnen geltend machen. Der spezielle Beweis eines Verschuldens des Gewerbsherrn ist hier, wenigstens in außerkontraktlichen Verhältnissen, meist schon logisch geradezu unmöglich, da der Gewerbsherr hier regelmäßig eine juristische Person (Fiskus oder Korporation), folglich ein deliktsunfähiges Wesen ist. Die Gefährlichkeit der Unternehmung für das Publikum trat aber hier durch vielfache Unglücksfälle, die oft massenhaft Personen an Leib oder Leben schädigten, besonders grell hervor.

Ueberdies ließen hier die Gesichtspunkte des mindestens faktischen Monopols, das diese Unternehmungen ausüben, und der Möglichkeit, durch kleine Aufschläge auf die Transportpreise, beziehungsweise Abzüge von den Arbeitslöhnen eine Risikoprämie für die jeweilen zu zahlende Entschädigungssumme zu beziehen, den Bruch mit dem Prinzipe, daß Niemand für unverschuldeten Schaden Ersatz zu leisten brauche, auch vom Standpunkte der Billigkeit als gerechtfertigt erscheinen.

Alle diese Betrachtungen, wenn auch keineswegs in publizirten Motiven der gesetzgebenden Faktoren ausgesprochen, haben schon bei Erlaß der in § 25 des preußischen Eisenbahngesetzes vom 3. November 1838 enthaltenen Bestimmungen, des österreichischen Gesetzes vom 5. Mai 1869, betreffend die Haftung der Eisenbahn-Unternehmungen für die durch Ereignungen auf Eisenbahnen herbeigeführten körperlichen Verletzungen oder Tödtungen von Menschen, und des § 1 des Reichs-Haftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871 zusammengewirkt, um unter gewissen Voraussetzungen eine Entschädigungspflicht der Eisenbahn-Unternehmung zu statuiren, ohne daß ein Beweis des Verschuldens der Person, für deren Rechnung und in deren Namen die Unternehmung

Digitized by Google

betrieben wird, oder auch nur der leitenden Organe der Unternehmung gefordert wird.

Die Voraussetzungen, unter welchen eine solche exorbitante Entschädigungspflicht statuirt wird, ohne daß ein kontraktliches Verhältniß zu dem Geschädigten oder der Beweis eines Verschuldens der Eisenbahn-Unternehmung, beziehungsweise der Organe, durch die sie als juristische Person eines Willens fähig wird, gefordert wird, sind theils positiver, theils negativer Art.

Hinsichtlich der negativen Voraussetzungen stimmen alle drei Gesetze im Wesentlichen überein, indem sie als Entschuldigungsgründe nur höhere Gewalt oder eigenes Verschulden des Geschädigten zulassen. Daß der § 25 des preußischen Gesetzes statt des Ausdrucks höhere Gewalt den Ausdruck „unabwendbarer äußerer Zufall" wählt, und das österreichische Gesetz neben der höhern Gewalt, als gleichbedeutend mit unabwendbarem Zufall, noch „eine unabwendbare Handlung einer dritten Person, d. h. einer Person, deren sich die Bahn nicht zur Ausübung des Betriebes bedient, als Entschuldigung erwähnt, kann wohl kaum als eine sachliche Verschiedenheit dieser drei Gesetzgebungen betrachtet werden.

Dagegen findet in Beziehung auf die positiven Voraussetzungen ein erheblicher Unterschied statt. Sehen wir davon ab, daß das preußische Gesetz von 1838 die Entschädigungspflicht auch bei bloßer Sachbeschädigung eintreten läßt, dieselbe aber auf der andern Seite sehr wesentlich beschränkt, indem es sich nur auf Eisenbahn-Gesellschaften, also nicht auf Staatsbahnen bezieht, so ergeben sich folgende Verschiedenheiten:

Das preußische Gesetz von 1838 setzt voraus, daß der Schaden „bei der Beförderung" von „Personen oder Gütern" „auf der Bahn" entstanden sei.

Das österreichische Gesetz setzt voraus, daß „durch eine Ereignung im Verkehr einer mit Anwendung von Dampf-

Digitized by Google

kraft betriebenen Eisenbahn die körperliche Verletzung oder Tödtung eines Menschen herbeigeführt wird."

Der § 1 des Reichs-Haftpflichtgesetzes hat sich damit begnügt, als einzige positive Voraussetzung hinzustellen, daß „bei dem Betriebe einer Eisenbahn ein Mensch getödtet oder verletzt" werde.

Daß durch diese Fassung des Reichs-Haftpflichtgesetzes die positiven Voraussetzungen, unter denen die Entschädigungspflicht eingeräumt wird, weiter ausgedehnt werden sollten, als durch das preußische Gesetz von 1838, ist sowohl nach dem Wortlaute, als nach den Erläuterungen, welche der Bundeskommissär Dr. Falk in den Reichstagsverhandlungen gegeben hat (vgl. Eger, Das Reichs-Haftpflichtgesetz, Berlin 1876, pag. 8), nicht zu bezweifeln. Diese erweiternde Tendenz ist als feststehend zu betrachten, obgleich in den Motiven zu dem Entwurfe ausgeführt wurde, „bei der vorgeschlagenen Formulirung sei angenommen, daß sie keine irgend erhebliche Ausdehnung der Haftpflicht über diejenigen Grenzen hinaus herbeiführe, welche bisher in dieser Beziehung die preußische Rechtsprechung und namentlich das Königliche Obertribunal festgestellt habe". Auch das Reichs-Oberhandelsgericht hat in einem Falle, wo es wesentlich auf die Frage ankam, ob in den Worten „beim Betriebe", statt „bei der Beförderung auf der Bahn", eine Erweiterung der Haftpflicht liege, sich sehr bestimmt in bejahendem Sinne entschieden (Präjudiciensammlung Bd. XII, pag. 236), während es freilich bei Gelegenheit eines andern Falles, bei dem diese Frage nur untergeordnete Bedeutung hatte, eine entgegengesetzte Ansicht ausgesprochen hat (Bd. XX, pag. 153).

Eine nähere Feststellung der Grenzen, bis zu welchen durch die vage Fassung „beim Betrieb einer Eisenbahn" die Haftpflicht auf Vorgänge ausgedehnt werden sollte, die nicht „bei der Beförderung von Personen und Gütern" (also während der Bewegung der Fahrzeuge auf der Bahn) vorkommen, läßt sich aus dem Wortlaute des Gesetzes eben-

Digitized by Google

sowenig als aus den Reichstagsverhandlungen direkt entnehmen. Mannigfache Anträge auf nähere Präcisirung der positiven Voraussetzungen gegenüber dem vagen Ausdrucke „beim Betriebe" sind offenbar mit der Absicht verworfen worden, daß es der Literatur und Gerichtspraxis überlassen sein solle, an der Hand der Erfahrungen allmählig zu einer scharfen Abgrenzung der Erweiterung der Haftpflicht gegenüber dem preußischen Gesetze von 1838 zu gelangen.

Geraume Zeit vorher, ehe man davon sprechen konnte, daß auf diesem Wege eine Abklärung des Sinnes der Worte „beim Betriebe" gewonnen sei, sind die Vorarbeiten begonnen und zum größten Theile vollendet worden zu dem schweizerischen Gesetze vom 1. Heumonat 1875, das sich in der hier allein in Betracht kommenden Bestimmung des Art. 2 als beabsichtigte Reception des § 1 des Reichs-Haftpflichtgesetzes, jedoch unter Gleichstellung der Dampfschifffahrts-Unternehmungen mit den Eisenbahnen, qualifiziren läßt.

Vom 16. Juni 1871 (also 9 Tage nach Erlaß des deutschen Reichs-Haftpflichtgesetzes) datirt die Botschaft des schweizerischen Bundesrathes, in welcher zuerst eine einheitliche Regelung der civilrechtlichen Haftbarkeit der Eisenbahnen ernstlich in Aussicht genommen wird.

Der § 37 des dieser Botschaft beigefügten Entwurfes zu einem neuen Bundesgesetze über Bau und Betrieb der Eisenbahnen lautet:

„Ueber die Rechtsverhältnisse des Transportes und „der Spedition auf Eisenbahnen und die civilrechtliche „Haftbarkeit der Letzteren wird die Bundesgesetzgebung „das Erforderliche in einheitlicher Weise ordnen."

Nach den Motiven zu diesem Artikel in der Botschaft scheint man jedoch hiebei zunächst nur an die Normirung der Pflichten aus dem Transportkontrakt und noch nicht an die Einführung einer erhöhten Haftbarkeit im Sinne des Reichs-Haftpflichtgesetzes gedacht zu haben, die auch in *außerkontraktlichen* Verhältnissen dem Prinzipe des gemeinen Rechtes entgegen Platz greifen solle.

Digitized by Google

Erst durch die Berathungen der Bundesversammlung über den Art. 37 des Entwurfes erhielt derselbe als Art. 38 des neuen Eisenbahngesetzes vom 23. Dezember 1872 eine Fassung, aus welcher die Absicht deutlich hervorgeht, die in § 1 des deutschen Reichs-Haftpflichtgesetzes enthaltene Haftbarkeit der Bahnen, und zwar mit zwei sehr erheblichen Erweiterungen auf dem Wege der künftigen Bundesgesetzgebung einzuführen.

In diesem Art. 38 heißt es:

„Die Bundesgesetzgebung wird die erforderlichen Bestimmungen aufstellen:

„1. über die Rechtsverhältnisse des Frachtverkehrs „und der Spedition auf Eisenbahnen und auf „anderen vom Bunde concedirten oder von ihm „selbst betriebenen Transportanstalten (Dampfschiffen, Posten) und

„2. über die Verbindlichkeiten der genannten Transportanstalten zum Schadenersatz für die beim „Bau und Betriebe herbeigeführten Tödtungen „und Verletzungen."

Es kann wohl kaum in Zweifel gezogen werden, daß man bei der Bestimmung unter Ziffer 2 des § 1 des deutschen Reichs-Haftpflichtgesetzes mit seiner vagen Redewendung „bei dem Betriebe einer Eisenbahn" vor Augen hatte, und daß man die darin ausgesprochene exceptionelle Haftbarkeit der Bahnen im Großen und Ganzen selbstverständlich unter Vorbehalt völlig freier nochmaliger Prüfung bei der spätern Ausführung recipiren und nach folgenden zwei Richtungen hin ausdehnen wollte. Erstens sollte die exceptionelle Haftbarkeit der Bahnen auch auf andere Transportanstalten (Dampfschiffe und Posten) ausgedehnt werden, welche vom Bunde concedirt oder betrieben werden. Zweitens sollte das, was das deutsche Gesetz bloß für die „bei dem Betriebe" herbeigeführten Tödtungen und Verletzungen statuirt, auch für solche in Geltung kommen, welche „bei dem Bau" der betreffenden Anstalten vorkommen.

Digitized by Google

Die hier entwickelte Auffassung des in Ziffer 2 des Art. 38 des Eisenbahngesetzes vom 23. Dezember 1872 enthaltenen Gesetzesprogrammes legte ich meinen Arbeiten zu Grunde, als mir am 8. Mai 1873 vom hohen Bundesrathe der Auftrag zu Theil wurde, Entwürfe für die beiden Gesetze auszuarbeiten, welche in Ziffer 1 und 2 des erwähnten Art. 38 in Aussicht gestellt werden. Dieser Auffassung entspricht vollständig der Gesetzesentwurf „betreffend die Verbindlichkeiten der Eisenbahnen und anderer vom Bunde „concedirten oder betriebenen Transportanstalten für die „beim Bau und Betriebe herbeigeführten Tödtungen und „Verletzungen", welcher gleichzeitig mit dem Entwurfe zur Ausführung der Ziffer 1 des Art. 38 schon am 1. Juli 1873 durch ein Kreisschreiben des hohen eidgenössischen Eisenbahn- und Handelsdepartements den schweizerischen Eisenbahn-Verwaltungen und verschiedenen Organen des schweizerischen Handelsstandes zur Prüfung und Vernehmlassung mitgetheilt wurde.

Wie in den Motiven (vgl. die Schrift „Die schweizerischen Rechtseinheitsbestrebungen", pag. 146 u. 147) ausgeführt ist, stimmt der Satz 1 des Art. 1 (entsprechend dem Art. 2 des definitiven Gesetzes) nahezu wörtlich mit dem § 1 des deutschen Reichs-Haftpflichtgesetzes überein. Nur sind die beiden schon in Ziffer 2 des Art. 38 des neuen Eisenbahngesetzes vom 23. Dezember 1872 intendirten Ausdehnungen der Haftbarkeit darin ausgedrückt. Der vage Ausdruck „bei dem Betriebe" ist strikt beibehalten. Gerade hievon gilt vorzugsweise, was in den Motiven a. a. O. pag. 147 als Grund dafür angeführt wird, daß man sich möglichst strikt an den Wortlaut des deutschen Gesetzes gehalten habe, obgleich derselbe „von dem Commentator Endemann getadelt" worden sei. Es sollte der „unberechenbare Vortheil" gesichert werden, „sich in der deutschen Rechtsliteratur und Praxis nach Anhaltspunkten" über „Detailfragen, die sich an den genau übereinstimmenden Wortlaut anschließen", umsehen zu können. Gerade von

Digitized by Google

dem Ausdrucke „bei dem Betriebe“ hatte Endemann pag. 10 seines Commentars gesagt: „Die Unsicherheit dieses Ausdrucks ist mit Recht gerügt worden.“

In Folge des erwähnten Kreisschreibens vom 1. Juli 1873 wurden die beiden Gesetzesentwürfe, ganz besonders aber der hier nicht in Betracht kommende Entwurf über den Frachtverkehr, in einer sehr ausführlichen Eingabe der schweizerischen Eisenbahn-Verwaltungen, ferner in einer ganzen Reihe von Eingaben der verschiedenen Organe des Handelsstandes und in Zeitungsartikeln von sehr verschiedenen Standpunkten aus kritisirt. Dies war die Veranlassung zu einem Nachtrage zu den Motiven, welcher im November 1873 verfaßt, aber erst in der 1874 erschienenen Schrift „Die schweizerischen Rechtseinheitsbestrebungen“ publizirt worden ist.

In diesem Nachtrag zu den Motiven zu Art. 1 des Entwurfes ist die Bemerkung enthalten, auf welche ein großes Gewicht gelegt worden ist, um den Beweis zu führen, daß in dem definitiven Gesetze den Worten „bei dem Betrieb“ ein anderer und zwar ein weiterer Sinn beigelegt worden sei, als dem gleichen Ausdrucke in § 1 des Reichsgesetzes. Es lautet diese Bemerkung pag. 225 in der citirten Schrift wörtlich:

„Hier“ – zu Art. 1 — „wird von dem Verfasser „der Aufsätze in der N. Z. Ztg. gewünscht, daß eine „Redaktion gewählt werde, wonach es unzweifelhaft sei, „daß Tödtungen u. s. w., welche beim Bau der Loko„motiven, Dampfschiffe u. s. w. in fremden Maschinen„werkstätten vorkommen, nicht den Transportanstalten „zur Last gebracht werden können. Es dürfte jedoch „wohl kaum zu bezweifeln sein, daß bei dem Worte „„Bau“ in § 1 des Gesetzes nicht an die Erstellung „einzelner selbstständiger Betriebsmittel (Schiffe, Lokomo„tiven), sondern nur an die Erstellung immobiler „Werke und Vorrichtungen gedacht wird, in denen sich „die Anstalt verkörpert.“

Digitized by Google

„Unfälle, welche bei Erstellung von Betriebsmitteln „vorkommen, werden daher selbstverständlich unter dies „Gesetz nur fallen, wenn und soweit die Erstellung der„selben zum Betriebe der Anstalt gehört, wie z. B. „wenn die betreffende Anstalt die Erstellung in eigenen „Werkstätten vornehmen läßt, die zum Gesammtbetriebe „der Unternehmung gehören. Vgl. darüber Endemann „a. a. O. pag. 12."

Hier handelte es sich durchaus nicht darum, eine Interpretation der vagen Ausdrucksweise „bei dem Betriebe" aufzustellen und der erst noch bevorstehenden Abklärung dieses vagen Begriffes durch die an das Reichsgesetz sich anschließende Literatur und Praxis, auf welche die Motive pag. 147 so nachdrücklich hingewiesen hatten, vorzugreifen. Es handelte sich lediglich darum, die Befürchtung des Verfassers jener Aufsätze in der „N. Z. Ztg.", welche später in der zürcherischen Zeitschrift für Gerichts-Praxis von Dr. Schauberg, Bd. I (resp. Bd. XXIV der Zeitschrift für Kunde und Fortbildung u. s. w.), pag. 297 u. f. als von Hrn. Oberrichter Dr. Schneider verfaßt von Neuem publizirt wurden, zu beseitigen, daß unter dem „Bau der Transportanstalt" der Bau eines Dampfschiffes oder einer Lokomotive in einer fremden Maschinenwerkstätte mitbegriffen werden könne. Das Gewicht der Bemerkung in pag. 225 liegt daher lediglich in der Negation einer so weitgehenden Auslegung der Worte „beim Bau", wie schon durch die Unterstreichung des Wortes „nur" angedeutet wird. Wenn sodann als Beispiel für die Möglichkeit einer Haftung auch für Tödtungen u. s. w. beim Bau von mobilen Bestandtheilen der Anstalt, d. h. bei der Erstellung von selbstständigen Betriebsmitteln der Fall angeführt wird, wo die Anstalt diese Erstellung in eigenen zu dem Gesammtbetriebe der Unternehmung gehörigen Werkstätten vornehmen läßt, so ist dabei allerdings die Interpretation Endemanns, auf die auch speziell verwiesen wird, in Betreff der Worte „beim Betriebe" im § 1 des deutschen Reichsgesetzes zur

Digitized by Google

Voraussetzung genommen worden. Es steht dies aber mit der Absicht, die vagen Worte „beim Betriebe“ ganz in demselben Sinne zu nehmen, der denselben in der deutschen Literatur und Praxis werde beigelegt werden, nicht nur nicht im Widerspruche, sondern im vollkommensten Einklange. Zur Zeit der Abfassung jenes Nachtrages war das damals nur in erster Auflage vorhandene Werk von Endemann die einzige literarische Arbeit von wirklich wissenschaftlicher Bedeutung, die sich mit der Interpretation jener absichtlich vagen Redewendung befaßt hatte. Die Arbeiten von Zimmermann (Abhandlung im Archiv für das deutsche Wechselrecht, Bd. III, neue Folge pag. 252) und Frantz (Die Haftpflicht 1872), die damals schon erschienen waren, von denen die erstere die hier in Betracht kommende Frage gar nicht und die letztere sie in einer offenbar irrigen Weise behandelt (sie legt das entscheidende Gewicht auf die Unterwerfung unter das Bahnpolizei-Reglement pag. 3), konnten gegenüber der Arbeit Endemanns nicht in Betracht kommen. Die wirklich bedeutenden Werke von Kah, „Das Haftpflichtgesetz, Straßburg 1874“, von Eger; „Das Reichs-Haftpflichtgesetz, Breslau 1876“, in welchen die extensive Interpretation Endemanns der Worte „beim Betriebe“ gründlich widerlegt wird, waren damals noch nicht erschienen.

Von den Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichtes (Sammlung Bd. XII, pag. 236, Entscheidung vom 27. Januar 1874, Bd. XIII, pag. 72; XVI, pag. 343; XXI, pag. 9 und andere), durch die sich allmählig als konstante Praxis der Satz herausgestellt hat, daß Vorgänge in Maschinenwerkstätten und anderen selbstständigen Anlagen der Bahnen, bei welchen von den besonderen Gefahren des Transportgewerbes keine Rede sein kann, nicht zum „Betriebe“ im Sinne des § 1 des Reichs-Haftpflichtgesetzes gehören, war damals noch keine erlassen.

Auch die Schrift von Jakobi, „Die Verbindlichkeit zum Schadensersatze“, deren 2. Auflage 1874 in der schweizeri-

Digitized by Google

schen Bundesrathsbotschaft vom 26. Mai 1874 citirt wird, in welcher, übrigens ohne jede Begründung, das Wort „Betrieb" in § 1 des Reichsgesetzes ebenfalls enger, als von Endemann, aufgefaßt wird, war damals auch in erster Auflage noch nicht erschienen, oder wenigstens dem Verfasser des Nachtrages nicht zugegangen.

Es konnte daher bei der Abfassung dieses Nachtrages zu den Motiven, wenn man sich mit dem damaligen Stande der deutschen Literatur und Praxis bezüglich des absichtlich so vage gehaltenen Ausdruckes „bei dem Betriebe" im Einklang halten wollte, einzig und allein Endemanns Auslegung in Betracht kommen. Wie wenig aber bei der gelegentlichen Bemerkung, welche die Endemann'sche Auslegung zur Voraussetzung hat, daran gedacht werden konnte, damit einer späteren Abklärung des Begriffes vorgreifen zu wollen, dafür braucht wohl nur auf die eigenen Worte Endemanns Bezug genommen zu werden, mit der er seine extensive Interpretation in einer Anmerkung pag. 12, Nota 13 begleitet. „Freilich" — so sagt er wörtlich — „kann sich nur erst allmälig und mit Hülfe der einheitlichen Spitze des Oberhandelsgerichtes bei einem so disputabeln Begriffe eine bestimmte Direktion bilden." Damit steht denn auch vollkommen im Einklange, daß Endemann in der zweiten Auflage seiner Schrift die frühere extensive Interpretation vollständig fallen gelassen hat.

Bei den weiteren Stadien, welche der Entwurf durchlaufen mußte, bis auf seiner Grundlage das Gesetz vom 1. Heumonat definitiv zu Stande kam, ist niemals die gelegentliche Bemerkung des Nachtrages zu den Motiven zur Sprache gekommen und überhaupt keinerlei Diskussion über eine nähere Begriffsbestimmung der Worte „beim Betriebe" gepflogen worden.

Aus den Berathungen einer Expertenkommission, welche unter dem Präsidium des Herrn Ständerath Dr. Blumer vom 2. bis 6. März 1874 in Bern tagte, und den ersten Entwurf unter Zuziehung des Verfassers einläßlich prüfte,

Digitized by Google

ging ein vom Eisenbahn- und Handelsdepartement genehmigter Entwurf zu einer Botschaft des Bundesrathes mit Beifügung des nach den Beschlüssen der Kommission abgeänderten Gesetzesentwurfes hervor.

Schon in diesem nur in wenigen Exemplaren gedruckten und nicht zur allgemeinen Kenntniß gelangten zweiten Gesetzesentwurfe wurde das in Ziffer 2 des Art. 38 des Eisenbahngesetzes vom 23. Dezember 1872 aufgestellte und im ersten Entwurfe durchgeführte Programm einigermaßen reduzirt. Die ganz allgemeine Ausdehnung der exceptionellen Haftpflicht auf die beim Bau aller vom Bunde betriebenen oder concedirten Transportanstalten herbeigeführten Tödtungen und Verletzungen erschienen der Expertenkommission als zu weit gehend. Man wollte die Zweifel abschneiden, die eine solche Ausdehnung der Haftpflicht auf den Bau auch anderer Transportanstalten als Eisenbahnen hervorruft. Auf diese Zweifel hatte schon Dr. Schneider in dem oben erwähnten Aufsatze (Schaubergs Z. Bd. I, resp. XXIV, pag. 297 u. f.) aufmerksam gemacht, und noch nachdrücklicher sind sie in einer Schrift von Gareis, „Zum Eisenbahnrechte der Schweiz, Bern 1874 (Separatabdruck aus Nr. 45 bis 52 des „Bund"), hervorgehoben worden. Bezeichnend ist seine Bemerkung pag. 34, die sich durchaus nicht auf die Bestimmung über den „Betrieb", sondern einzig auf die über den „Bau" bezieht:

„Es ist mir gar nicht zweifelhaft, daß so, wie der „Entwurf lautet, auch ein bedeutender Theil des „Fabrikwesens, sofern nur die den Transport be„treibende Anstalt dies selbst mitbetreibt, darunter fällt, „aber um so mehr ist zu erwägen, ob diese Ausdehnung „intendirt und formell wie materiell jetzt begründet ist."

Die Expertenkommission beschloß daher, die Ausdehnung der Haftpflicht auf den Bau der Transportanstalten nur bei den Eisenbahnen festzuhalten, bei den übrigen Transportanstalten aber gänzlich fallen zu lassen.

Digitized by Google

Noch einen Schritt weiter in der Reduktion des frühern Programmes ging der dritte Entwurf, welcher durch Botschaft des Bundesrathes vom 26. Mai 1874 der Bundesversammlung zur Annahme empfohlen wurde. Hier wurden die vom Bunde selbst betriebenen Transportanstalten, d. h. die eidgnössische Post, von der exceptionellen Haftpflicht nicht nur in Beziehung auf den Bau, sondern auch in Beziehung auf den Betrieb gänzlich ausgenommen.

Abgesehen hievon stimmt die Botschaft des Bundesrathes vom 26. Mai 1874 nebst dem beigefügten Entwurfe mit dem vom Eisenbahn und Handelsdepartement genehmigten Entwurfe zu derselben vollkommen überein. Namentlich ist zu bemerken, daß in der definitiven Botschaft, ebenso wie in dem Botschaftsentwurfe, die möglichst wörtliche Beibehaltung der Redewendungen des deutschen Gesetzes, ganz ähnlich wie in den Motiven zum ersten Entwurfe, gerechtfertigt wird. „Durch Redaktionsänderungen" – so heißt es an einer Stelle, die dazu besondere Veranlassung gab — „würde man sich der Vortheile begeben haben, auch die „Erfahrungen verwerthen zu können, welche in dem großen „Geltungsgebiete des deutschen Reichsgesetzes gemacht werden."

Die in dem Nachtrage zu den Motiven enthaltene Bemerkung über die Haftung bei Erstellung von Betriebsmitteln in eigenen Werkstätten ist ebensowenig in die definitive Botschaft, wie in den Entwurf zu derselben aufgenommen worden.

Auch bei den Verhandlungen des National- und Ständerathes, welche auf Grundlage der Botschaft vom 26. Mai 1874 gepflogen wurden, und schließlich die Annahme des Gesetzes vom 1. Heumonat 1875 in seiner jetzigen Gestalt zur Folge hatten, ist niemals diese Bemerkung zu Sprache gekommen.

Die Aenderungen, welche dem dritten Entwurfe gegenüber aus diesen Verhandlungen der Bundesversammlung hervorgegangen sind, lassen sich sämmtlich als weitere Schritte auf der Bahn qualifiziren, die schon in den Aende-

Digitized by Google

rungen durch die Expertenkommission und den Bundesrath betreten war.

Die exceptionelle Haftbarkeit für Tödtungen und Verletzungen beim Bau der Eisenbahnen wird nicht mehr mit der im § 1 des Reichs-Haftpflichtgesetzes auf gleiche Linie gestellt. Der Art. 1 in Verbindung mit Art. 3 des definitiv beschlossenen Gesetzes vom 1. Heumonat 1875 läßt für Tödtungen und Verletzungen beim Bau der Eisenbahnen nur noch die weit mildere Haftbarkeit zu, wie sie das deutsche Gesetz für Bergwerke, Steinbrüche, Gräbereien und Fabriken aufgestellt hat. Der Geschädigte hat den Beweis eines Verschuldens zu erbringen.

Von den früher beabsichtigten Ausdehnungen der exorbitant strengen Haftbarkeit im Sinne des § 1 des deutschen Reichsgesetzes, das heißt ohne jeden vom Geschädigten zu erbringenden Beweis eines Verschuldens, ist nur noch eine einzige stehen geblieben. Sie besteht darin, daß die Haftbarkeit, welche das deutsche Reichsgesetz bloß in Beziehung auf Tödtungen und Verletzungen beim Betriebe der Eisenbahnen verfügte, nach dem Art. 2 des schweizerischen Gesetzes auch beim Betriebe der Dampfschifffahrt-Unternehmungen gelten soll. Dagegen wurde die noch im dritten Entwurf beibehaltene Haftbarkeit der konzessionirten postalischen Gewerbe völlig fallen gelassen.

Die in den frühern Entwürfen sehr weit gehenden Abweichungen von dem deutschen Reichs-Haftpflichtgesetze sind somit im schließlich angenommenen Gesetze auf ein sehr geringes Maß reduzirt.

Der schon in den Motiven zum ersten Entwurfe ausgesprochenen und in dem Botschaftsentwurfe des Eisenbahn- und Handelsdepartements, wie in der Botschaft selbst wiederholten Anschauungsweise bezüglich Benutzung der deutschen Literatur und Praxis zur Interpretation des Gesetzes ist bei den Verhandlungen und Berathungen der eidgenössischen Räthe von keiner Seite widersprochen worden. Es ist

Digitized by Google

im Gegentheile diese Anschauungsweise bei den Berathungen des Ständerathes von einem hervorragenden Mitgliede desselben sehr nachdrücklich betont worden und bei der Beschlußfassung von Einfluß gewesen. Die ständeräthliche Kommission hatte in ihrem Berichte vom 18. September 1874 (vgl. Bundesblatt Nr. 44 vom 10. Oktober 1874) entgegen der Botschaft des Bundesrathes vom 26. Mai 1874 und dem bundesräthlichen Gesetzesentwurfe den Vorschlag gemacht, in Beziehung auf die Haftbarkeit der Postanstalten für die beim Betriebe vorkommenden Tödtungen und Verletzungen auf die früheren Entwürfe wieder zurückzukommen.

Dieser Vorschlag fand zuerst großen Anklang. Am 7. Oktober 1874 beschloß der Ständerath, daß im Allgemeinen die Post wieder mit Eisenbahnen und Dampfschiffen auf eine Linie gestellt werden solle. Hiedurch wurde aber eine Reihe von Anträgen hervorgerufen, die darauf hinzielten, das angenommene Prinzip der Gleichstellung im Einzelnen zu Gunsten der Posten zu modifiziren. Dies veranlaßte Herrn Ständerath Dr. Blumer, in der Sitzung vom 8. Oktober 1874 den Antrag zu stellen, den Beschluß vom 7. Oktober 1874 zurückzunehmen und die Post bei dem Gesetze gänzlich aus dem Spiele zu lassen. Nach dem Bericht über die Ständerathsverhandlung vom 8. Oktober 1874 in der „Neuen Zürcher Zeitung" Nr. 513 motivirte Hr. Dr. Blumer diesen Antrag in folgender Weise:

„Wenn man so fortfahre, würde aus lauter Rück-
„sicht auf die Postanstalt das ganze Gesetz verschlimmert.
„Dasselbe stehe in seinen meisten Bestimmungen mit dem
„einschlägigen deutschen Reichsgesetze im Einklange,
„woraus für uns der ungemeine Vortheil erwachse, daß
„wir uns der dortigen Literatur und Praxis anschließen
„können."

Hierauf wurde mit 16 gegen 13 Stimmen Blumers Antrag angenommen, und in Folge davon ist schließlich bei der definitiven Gestaltung des Gesetzes von Haftbarkeits-

Digitized by Google

bestimmungen betreffend die Posten gänzlich abstrahirt worden.

Aus dieser Darstellung des Zustandekommens des Gesetzes vom 1. Heumonat 1875 dürften sich als völlig unzweifelhaft folgende drei Resultate ergeben:

1. In allen Stadien, die das Gesetz durchlaufen hat, ist der schon in den Motiven zum ersten Entwurfe ausgesprochene Gedanke festgehalten worden, daß bei der Interpretation mehrdeutiger, mit dem deutschen Haftpflichtgesetze übereinstimmender Redewendungen des Gesetzes großes Gewicht auf die allmählige Abklärung der einschlagenden Begriffe durch die deutsche Literatur und Praxis gelegt werden solle.
2. In keinem Stadium ist von irgend einem bei dem Zustandekommen des Gesetzes maßgebenden Organe, weder von der Expertenkommission, noch von dem Eisenbahn- und Handelsdepartement, noch vom Bundesrathe, noch von der Bundesversammlung Gewicht auf die gelegentliche Bemerkung in dem Nachtrage zu den Motiven gelegt worden, in welcher die extensive Interpretation Endemanns betreffend die Redewendung „bei dem Betriebe" als richtig vorausgesetzt wurde. Am allerwenigsten aber ist daran gedacht worden, jene extensive Interpretation Endemanns gesetzlich zu sanktioniren und der spätern Abklärung des Sinnes und der Bedeutung dieser Worte vorzugreifen.
3. In der definitiven Gestaltung des Gesetzes hat man, abgesehen von der Gleichstellung der Dampfschifffahrts-Unternehmungen mit den Eisenbahnen jede Ausdehnung der exceptionellen Haftbarkeit der Eisenbahnen, wie sie der § 1 des deutschen Haftpflichtgesetzes aufstellt, auf andere Transportanstalten und andere als „beim Betriebe" vorkommende Fälle der Tödtungen und Verletzungen vollständig fallen gelassen und dadurch deutlich zu erkennen gegeben, daß man sich auch in Beziehung auf die ratio legis, auf die innere Be-

Digitized by Google

gründung der exceptionellen Strenge, weit enger an das deutsche Gesetz anschließen wollte, als das in dem ursprünglichen Programm (Ziffer 2 des Art. 38 des Eisenbahngesetzes) und in den früheren Entwürfen geschehen war.

Hiernach scheint mir sich ganz von selbst zu ergeben, daß der in den bezirksgerichtlichen Urtheilen eingenommene Standpunkt vollkommen berechtigt ist, wonach man sich bei Interpretation der Worte „bei dem Betrieb" an die engere Begriffsbestimmung angeschlossen hat, welche in der deutschen Literatur und Gerichtspraxis gegenwärtig allseitig, namentlich auch von Endemann selbst gegenüber seiner frühern extensiven Interpretation anerkannt wird.

II.

Widerlegung der wichtigsten Gründe, die für eine extensive Interpretation der Worte „beim Betriebe" vom Obergericht in Zürich geltend gemacht werden.

§ 1.

Widerlegung der Gründe aus der ratio legis.

Der Schwerpunkt der ganzen Argumentation des citirten Obergerichts-Urtheiles gegen die Anwendung der Auslegung der Worte „beim Betrieb", wie sie in der deutschen Literatur und Praxis feststeht, liegt offenbar in folgender Betrachtung. Dieser Auslegung des deutschen Gesetzes liege die Voraussetzung zu Grunde, daß die Rücksicht auf die eigenthümlich gefährliche Natur des Eisenbahnbetriebes als die ratio legis anzusehen sei, während aus den Motiven zu dem ersten Entwurfe des schweizerischen Gesetzes und aus einer Reihe von einzelnen Bestimmungen, welche in dem Entwurfe des Redaktors, beziehungsweise in dem Entwurfe des Bundesrathes beantragt waren, klar hervorgehe, daß dem schweizerischen Gesetze eine ganz andere ratio legis, nämlich die Rücksicht auf die monopolistische Natur der betreffenden Unternehmungen und die Assekuranz-Idee zu Grunde liege.

Digitized by Google

Um diese Betrachtung und die daraus gezogene Schlußfolgerung, daß eine extensive Interpretation der Worte „beim Betriebe" dem Geiste des schweizerischen Gesetzes entspreche, zu widerlegen, wird ein etwas näheres Eingehen auf die ratio legis nicht vermieden werden können.

Wie schon im ersten Theile dieses Gutachtens hervorgehoben wurde, sind es im Ganzen vier Gesichtspunkte, durch die überhaupt eine derartige Ausnahmsstellung, wie sie der Art. 1 des deutschen Gesetzes gegenüber den Eisenbahnen und der Art. 2 des schweizerischen Gesetzes gegenüber den Eisenbahnen und Dampfschiff-Unternehmungen eingeführt haben, sich rechtfertigen läßt:

1. Die hier regelmäßig vorkommende juristische Persönlichkeit des Gewerbsherrn, und die darauf beruhende Unmöglichkeit, ein wahres Delikt des Gewerbsherrn selbst zu beweisen;
2. der monopolistische Charakter des Gewerbes, und damit in untrennbarem Zusammenhange
3. die Möglichkeit, sich durch indirekten Bezug von Risikoprämien für absolut unverschuldete Verluste Deckung zu verschaffen;
4. die besondere Gefährlichkeit der Unternehmung.

Der erste dieser vier Gesichtspunkte kann offenbar nicht als ein vorwiegender, die eigentliche ratio legis ausmachender in Betracht kommen und ist daher auch weder bei der Motivirung des deutschen noch des schweizerischen Gesetzes speziell hervorgehoben worden.

Es kann sich also nur um die Frage handeln, ob das Gesetz auf die Gesichtspunkte 2 und 3, oder auf die besondere Gefährlichkeit den Schwerpunkt gelegt habe.

Die Gesichtspunkte 2 und 3 sind bei den Vorarbeiten zum deutschen Gesetze zwar angedeutet, aber nirgends besonders betont worden. Eine solche Andeutung ist zu finden in einer Stelle der Petitions-Kommission des Reichstages vom Jahre 1868, welche in dem citirten Werke von Eger, pag. XII, mit folgenden Worten wiedergegeben wird:

Digitized by Google

„Baldige Reform in diesem Sinne sei eine wirth-
„schaftliche, sociale und politische Pflicht des deutschen
„Staates. Politisch sittlich insbesondere von dem
„Gesichtspunkte aus, daß der Staat selbst als Groß-
„industrieller von dem Rechtsmonopole Vor-
„theil ziehe."

Unzweifelhaft ist es daher, daß es der vierte Gesichts-punkt, „die besondere Gefährlichkeit der Unternehmung" ist, welcher vorzugsweise dem § 1 des deutschen Haftpflicht-gesetzes zu Grunde liegt.

Bei der Ausdehnung der exceptionellen Haftbarkeit, wie sie der Ziffer 2 des Art. 38 des schweizerischen Eisen-bahngesetzes entsprechend in dem ersten Entwurfe vollständig durchgeführt worden war, mußte dagegen das Hauptgewicht auf den zweiten und dritten Gesichtspunkt gelegt werden. Namentlich konnte als ratio legis der vierte Gesichtspunkt nur in sehr geringem Maße in Betracht kommen, wenn man die Ausdehnung der Haftpflicht auf den Bau aller vom Bunde betriebenen oder concedirten Transportanstalten in der Weise auffaßte, wie dies von Gareis in der oben angeführten Stelle seiner Schrift geschehen ist. Derselbe nimmt an, daß die Erstellung von Betriebsmitteln irgend welcher Art, sogar der Postwagen oder Omnibusse, in eigenen Werkstätten der fraglichen Anstalt mit zum Bau zu rechnen sei. Die Fabrikation von Postwagen und dergleichen wird offenbar nicht gefährlicher dadurch, daß sie statt von einem schlichten Wagenfabrikanten, von dem Concessionär einer Postunternehmung oder vom eidgenössischen Postdepartement in eigenen Werkstätten vorgenommen wird. Für eine so weite Ausdehnung der Haftpflicht konnten daher einzig und allein der zweite und dritte Gesichtspunkt als ratio legis herangezogen werden. Wenn nun aber gerade mit Rücksicht auf die Schrift von Gareis, wie oben gezeigt ist, die Ex-pertenkommission und der zweite Entwurf jede strengere Haftpflicht beim Bau anderer Transportanstalten, als der Eisenbahnen, wegstrich, so liegt schon darin ein be-

Digitized by Google

deutender Anhaltspunkt dafür, daß man auch bei dem schweizerischen Gesetze das Hauptgewicht auf den vierten Gesichtspunkt legen wollte. Denn den großartigen Tunnel-, Brücken-, Viadukten-Bauten, wie sie vorzugsweise nur beim Eisenbahnbau vorkommen, kann man wenigstens relativ einen besondern gefährlichen Charakter im Vergleiche zu den Bauten anderer Unternehmungen beilegen, und auch im postmäßigen Personenverkehr kann man eine gefährlichere Unternehmung finden, als die eines gewöhnlichen, keiner Konzession des Bundes bedürfenden Lohnkutschers.

Mit diesen Betrachtungen steht auch in vollkommenstem Einklange, daß in den Motiven zum ersten Entwurfe vorzugsweise nur der zweite und dritte Gesichtspunkt betont werden, während der oben erwähnte Botschafts-Entwurf, der die Motive für den zweiten Entwurf enthält, schon sehr nachdrücklich hervorhebt, daß zur Rechtfertigung der strengen Haftpflicht auch solchen Personen gegenüber, die in keinerlei Kontraktsverhältnissen zur Unternehmung stehen, nicht auf den zweiten und dritten Gesichtspunkt, sondern einzig und allein „auf die gefährliche Natur der Unternehmung selbst" hingewiesen werden könne. Wenn nun aber schließlich auch beim Bau der Eisenbahnen die Strenge der Haftbarkeit auf das weitere Maß reduzirt wurde, welches das deutsche Gesetz für jeden Erdbau und Fabrikbetrieb vorschreibt, und für die Postanstalten, obgleich gerade sie ein Monopol im eminenten Sinne des Wortes ausüben, von jeder exceptionell strengen Haftbarkeit gänzlich abstrahirt wurde, so liegt es außer allem Zweifel, daß das schweizerische Gesetz ganz so, wie das deutsche, den vierten Gesichtspunkt, „die Rücksicht auf die besonders gefährliche Natur", als die eigentliche ratio legis für die exceptionelle Strenge der Haftbarkeit beim Betriebe der Eisenbahn- und Dampfschiff-Unternehmungen in den Vordergrund stellt.

Es fallen somit alle die Gründe dahin, welche für Festhaltung der extensiven Interpretation der Worte „beim Betriebe" gegenüber der deutschen Literatur und Praxis

Digitized by Google

daraus entnommen werden wollen, daß die ratio legis des schweizerischen Gesetzes eine wesentlich andere sei, als die des deutschen Gesetzes.

Die extensive Interpretation Endemanns, nach welcher auch die Vorgänge in Maschinenwerkstätten und andern Anlagen, die mit der besondern gefährlichen Natur des Eisenbahntransportes rein nichts zu schaffen haben, zum Betriebe der Eisenbahnen zu rechnen seien, ist vom Standpunkt der ratio legis des schweizerischen Gesetzes in seiner jetzigen definitiven Gestaltung ebenso unhaltbar, als nach der ratio legis des § 1 des deutschen Gesetzes.

So lange in dem schweizerischen Entwurfe die Ausdehnung der strengen Haftpflicht auf den Bau aller, auch solcher Transportanstalten, die nur aus Mobilien bestehen, festgehalten wurde, war jene extensive Auslegung nicht in direktem Widerspruche mit dem übrigen Inhalte des Gesetzes. Denn auch ohne diese extensive Interpretation der Worte „beim Betriebe" konnte man ja, wie die mehrfach citirte Schrift von Gareis darthut, direkt aus der Bestimmung über den „Bau" folgern, daß bei Herstellung mobiler Betriebsmittel (Dampfschiffe, Wagen, Lokomotiven u. s. w.) in eigenen Werkstätten die strenge Haftbarkeit eintreten solle.

Seit aber diese strenge Haftbarkeit sogar beim Bau der Eisenbahnen gestrichen ist, und für die dabei vorkommenden Tödtungen und Verletzungen dem Geschädigten ein Beweis der Schuld der Bahn oder ihrer Leute zugemuthet wird, würde jene extensive Interpretation geradezu ein absurdes Resultat ergeben. Die Bahn würde, wenn bei dem offenbar höchst gefährlichen Bau einer Brücke oder eines Tunnels u. s. w. ein Mensch getödtet wird, auch ganz abgesehen von force majeure oder eigener Schuld des Getödteten nicht haften, sofern dem Geschädigten der Beweis eines Verschuldens nicht gelingt. Wenn dagegen beim Bau eines mobilen Betriebsmittels, z. B. eines Waggons, also bei einer Operation, die an Gefährlichkeit nichts vor dem

Digitized by Google

Gewerbe eines gewöhnlichen Wagenfabrikanten voraus hat, ein Mensch getödtet wird, so müßte ganz dieselbe Bahn, abgesehen von force majeure oder eigener Schuld des Getödteten, auch dann haften, wenn der Geschädigte keinerlei Beweis eines Verschuldens erbringen kann.

Offenbar tritt bei Herstellung der immobilen Mittel (Tunnel, Brücken u. s. w.) zum Betriebe der Eisenbahnen ebensowohl der monopolistische Charakter (Gesichtspunkt 2 und 3), als die besondere Gefährlichkeit der Unternehmung (Gesichtspunkt 4) weit stärker hervor, als bei der Erstellung der mobilen Betriebsmittel in eigenen Werkstätten. Nur zu den erstern ist eine Konzession des Bundes erforderlich, das letztere Gewerbe ist ein völlig freies. Wollte man aber an jener extensiven Interpretation festhalten, so würden die Bahnen gerade bei den ersteren Operationen weit weniger streng haften, als bei den letzteren.

Eine Interpretation, die ein solches mit der ratio legis im offenbarsten Widerspruche stehendes Resultat ergeben würde, müßte daher bei der jetzigen Gestalt des schweizerischen Gesetzes selbst dann als unmöglich erklärt werden, wenn sie nicht so einstimmig und so entschieden durch die neueste deutsche Literatur und Praxis verworfen worden wäre, als es in der That geschehen ist.

§ 2.

Widerlegung der Deduktion aus der Motivirung betreffend Entbehrlichkeit eines Invalidenfondes.

Aus den Betrachtungen über die ratio legis dürfte sich auch die Unbegründetheit der Schlußfolgerung ergeben, welche in Erwägung 6 des Obergerichts-Urtheiles aus einer Stelle der Motive zum ersten Entwurfe gezogen wird. Es wird an dieser Stelle, die in der citirten Schrift des Verfassers „Rechtseinheitsbestrebungen", pag. 152 (nicht 159, wie in Folge eines Schreibfehlers im Urtheile citirt wird) abgedruckt worden ist, Folgendes ausgeführt: Sofern man bei

Digitized by Google

Klagen wegen Tödtungen oder Verletzungen, die ein Angestellter oder Arbeiter im Dienste oder während der Arbeit erleidet, die Einrede der höhern Gewalt abschneide, werde schon durch das Gesetz allen den Bedürfnissen Rechnung getragen, welche eine Kantonsregierung zu dem Vorschlage veranlaßt hatten, den Eisenbahn-Konzessionsbewerbern die Gründung von Invalidenfonds zur Pflicht zu machen.

Es kann unbedenklich mit dem Obergerichte angenommen werden, es sei bei dieser Ausführung der Redaktor von der Voraussetzung ausgegangen, daß die Entschädigungspflicht der Eisenbahnen *nicht* auf die mit dem besondern gefährlichen Charakter des Eisenbahnbetriebes zusammenhängenden Unglücksfälle beschränkt sei. Denn diese Voraussetzung war ja, wie oben gezeigt, bei der damaligen Ausdehnung der strengen Haftpflicht auf *den Bau* sämmtlicher vom Bunde betriebenen oder koncedirten Transportanstalten und der daraus sich ergebenden ratio legis vollkommen richtig.

Ob der Redaktor bei dieser Ausführung von der Auslegung der Worte beim „Bau" ausging, welche bald nachher von Gareis, wie oben gezeigt, aufgestellt worden ist, oder ob er schon damals die extensive Interpretation der Worte „beim Betriebe" der Autorität Endemann's folgend als Ausdruck der deutschen Literatur voraussetzte, ist natürlich nicht mehr zu ermitteln, aber auch vollkommen gleichgültig.

Denn die ganze Ausführung, obgleich sie im Wesentlichen auch in den Botschaftsentwurf und die Botschaft selbst überging, hat bei der Bundesversammlung *keinen* Anklang gefunden; es hat diese vielmehr die auf dieser Ausführung beruhenden Zusätze, welche über die Sonderstellung der Angestellten und Arbeiter zu dem ursprünglichen Entwurfe in den zweiten und dritten Entwurf aufgenommen wurden, vollständig ausgemerzt.

Es kann daher aus jener Ausführung durchaus nichts für die extensive Interpretation der Worte „beim Betriebe" in der definitiven Gestaltung des Gesetzes gefolgert werden. Im Gegentheil liegt in der Verwerfung derselben durch die

Digitized by Google

Bundesverſammlung nur ein Argument mehr für die Richtigkeit deſſen, was oben über die ratio legis in der jetzigen Geſtalt des Geſetzes geſagt iſt.

§ 3.

Widerlegung der Deduktion aus dem Gebrauche des Wortes Unternehmung.

In Erwägung 4 hat das Obergericht zur Unterſtützung der extenſiven Interpretation der Worte „beim Betriebe“ darauf Bezug genommen, daß das ſchweizeriſche Geſetz in Art. 2 den Ausdruck „beim Betriebe einer Eiſenbahn- oder Dampfſchifffahrts-Unternehmung“ gebrauche, ſtatt der in § 1 des deutſchen Geſetzes enthaltenen Wendung: „bei dem Betriebe einer Eiſenbahn“.

Dies Argument würde von einiger Bedeutung ſein, wenn die ebenfalls vom Obergerichte in Bezug genommene Erklärung Falk's im Reichstage (Eger a. a. O. pag. 8 und Endemann erſte Auflage pag. 11, zweite Auflage pag. 14) dahin gegangen wäre, daß man im deutſchen Geſetze es abſichtlich vermieden habe, die Worte „bei dem Betriebe einer Eiſenbahn-Unternehmung“ ſtatt „bei dem Betriebe einer Eiſenbahn“ zu gebrauchen, um einer allzuſehr ausdehnenden Auslegung der fraglichen Beſtimmung entgegenzutreten. Die Erklärung Falk's geht aber, wie das Obergericht ſelbſt anführt, dahin, daß man zu dem angegebenen Zwecke eine ganz andere Redewendung, nämlich „bei ſeiner Unternehmung“ vermieden habe.

Der Gegenſatz, den Falk mit Recht betont, beſteht zwiſchen der Wendung „bei dem Betrieb“ und „bei der Unternehmung“. Sollte der Eiſenbahnunternehmer für alle Unfälle „bei ſeiner Unternehmung“ einſtehen, ſo ſind damit nicht nur Unfälle in ſeinen Maſchinenwerkſtätten, ſondern auch Unfälle „beim Bau“ mitbegriffen; denn Beides gehört zwar zu der Unternehmung (zur Vorbereitung, Organiſation u. ſ. w.), aber nicht zum Betriebe derſelben.

Digitized by Google

Ob es aber heiße „bei dem Betriebe der Eisenbahn“ oder „bei dem Betriebe der Eisenbahnunternehmung“ dürfte wohl auch nach der Ansicht Falk's völlig gleichgültig sein.

Daß man in dem schweizerischen Gesetze sich nicht mit der kürzern Wendung „bei dem Betriebe einer Eisenbahn“ begnügt, sondern „bei dem Betriebe einer Eisenbahnunternehmung“ gesagt hat, das hat offenbar einen rein äußerlichen, rein sprachlichen Grund. Man kann sprachlich sehr wohl kurz „Eisenbahn“ für: „Eisenbahngewerbe“ oder „Eisenbahnunternehmung“ sagen. Man kann Beides der Kürze wegen identifiziren, und nur in diesem Sinne ist der Ausdruck im deutschen Gesetze in der Wendung „bei dem Betriebe der Eisenbahn“ gebraucht. Die Eisenbahn im Sinne eines Gewerbes, einer Unternehmung wird zuerst gegründet und organisirt und dann betrieben, nicht aber die Eisenbahn als körperlich immobile Sache. In letzterem Sinne kann sie nicht selbst betrieben werden, sie kann nur gebaut und dann auf ihr ein Gewerbe, ein Transportgeschäft betrieben werden.

Eine solche kurze Wendung durch Identifizirung zwischen der körperlichen Sache und dem sich daran anknüpfenden Gewerbe ist dagegen nicht so gebräuchlich für Dampfschiffe, die doch das schweizerische Gesetz mit den Eisenbahnen auf völlig gleiche Linie stellen wollte. So kam es, daß man für Beides, für Eisenbahnen und Dampfschiffe, die an sich korrektere, aber weniger kurze Wendung mit der Zusammensetzung „Unternehmung“ gebraucht hat.

Der kurze Ausdruck „Eisenbahn“ in § 1 des deutschen Gesetzes, und der längere „Eisenbahnunternehmung“ in Art. 2 des schweizerischen Gesetzes sollen vollkommen genau dasselbe, nämlich das mit besondern Gefahren verbundene Transportgeschäft oder Transportgewerbe auf Eisenbahnen bezeichnen. Ein ganz direkter Beweis hiefür liegt in Art. 3 des schweizerischen Gesetzes. Hier wird geradezu genau für das, was in Art. 2 unter „Eisenbahn-

Digitized by Google

und Dampfschifffahrts-Unternehmung" verstanden ist, das Wort „Transportgeschäft" gebraucht.

Aus der Bestimmung des Art. 3 des schweizerischen Gesetzes, die erst in der Bundesversammlung neu hinzugekommen ist, kann in Verbindung mit dem, was oben über die ratio legis erörtert ist, mit Sicherheit der Schluß gezogen werden, daß die Bundesversammlung, wenn sie überhaupt von der extensiven Interpretation der Worte „beim Betriebe" Kenntniß hatte, dieselbe ausdrücklich mißbilligen wollte.

Es lautet der Art. 3 wörtlich:

„Die Eisenbahn- und Dampfschifffahrts-Unterneh-
„mungen haften sowohl für ihre Angestellten, als für
„andere Personen, deren sie sich zum Betriebe des
„Transportgeschäftes, beziehungsweise zum Bau
„der Bahnen bedienen. Es bleibt ihnen jedoch im Falle
„von Verschuldung diesen Personen gegenüber das
„Rückgriffsrecht vorbehalten."

In diesem Art. 3 wird klar und deutlich ausgesprochen, daß eine besondere, von den sonst geltenden Rechtsgrundsätzen abweichende Verantwortlichkeit des Gewerbsherrn einer Eisenbahn- oder Dampfschifffahrts-Unternehmung (Fiskus oder Aktiengesellschaft) für Delikte anderer Personen nur eintreten solle, 1) wenn es sich um Personen handelt, die beim Bau der Eisenbahn zugezogen werden, 2) wenn es sich um solche handelt, deren er sich „zum Betriebe des Transportgeschäftes" bedient. Für Delikte von Personen, deren sich der Gewerbsherr einer Eisenbahn-Unternehmung bei einem andern Gewerbszweige bedient, der weder als Bau der Bahn, noch als Betrieb des Transportgeschäftes qualifizirt werden kann, also namentlich für Delikte von Personen, die in einer von der Bahnverwaltung betriebenen Maschinenwerkstätte, Waggonfabrik u. s. w. angestellt sind und mit dem Transportgeschäfte nichts zu thun haben, soll demnach eine Verantwortlichkeit nur soweit stattfinden, als sie sich durch andere

Digitized by Google

Rechtsvorschriften, z.B. das Partikularrecht der französischen Schweiz oder das spätere Fabrikgesetz begründen läßt. Damit ist klar und deutlich zu erkennen gegeben, daß in Fällen von Tödtungen und Verletzungen, welche beim Betriebe solcher nicht zum Transportgeschäfte gehöriger Gewerbszweige vorkommen, keine Rede von der weit größern Haftbarkeit sein kann, welche nach Art. 2 völlig unabhängig vom Beweise irgend eines Deliktes und gleichviel ob der Getödtete oder Verletzte selbst Arbeiter ist oder nicht, eintreten soll.

§ 4.

Widerlegung der Deduktion aus dem neuen Fabrikgesetze.

In Erwägung 10 hat das Obergerichtsurtheil auf den Art. 5 des erst ganz kürzlich durch Volksabstimmung zur Geltung gekommenen Fabrikgesetzes vom 23. März 1877 Bezug genommen, um zu beweisen, daß die Bundesversammlung schon zur Zeit des Zustandekommens des Gesetzes vom 1. Heumonat 1875 einer Tendenz gehuldigt habe, aus der auf ihre Absicht, die Worte „beim Betriebe" in einem weiteren Sinne, als das deutsche Gesetz, aufzufassen, geschlossen werden könne.

Der wesentliche Unterschied zwischen dem Gesetze vom 1. Heumonat 1875 und dem neuen Fabrikgesetze besteht darin, daß das erstere im Anschlusse an das deutsche Gesetz die Haftbarkeit gewisser Gewerbsherrn zu Gunsten des gesammten Publikums (Passagiere, Arbeiter, Angestellte und beliebige Dritte) in's Auge faßt, während das letztere sich ganz ausschließlich mit der Haftbarkeit des Gewerbsherrn zu Gunsten seiner Angestellten und Arbeiter beschäftigt.

Das letztere Gesetz hat offenbar einer an sich gewiß berechtigten Richtung unserer Zeit, die Arbeiter möglichst gegenüber der Ausbeutung der Arbeitgeber in Schutz zu nehmen, Rechnung getragen, — einer Zeitströmung, welche bis zu dem Höhepunkte, wie er sich in dem Fabrikgesetze

Digitized by Google

ausspricht, zweifellos damals, als das Gesetz vom 1. Heumonat 1875 berathen und beschlossen wurde, noch nicht vorgeschritten war. Der beste Beweis hiefür ist gerade die gänzliche Verwerfung jenes oben erwähnten Zusatzes, durch welchen eine Sonderstellung der eigenen Angestellten und Arbeiter der Transportanstalten bezüglich der Einrede der force majeure begründet werden wollte.

Es ist allerdings vollkommen richtig, daß man in dem Art. 5 litt. b des schweizerischen Fabrikgesetzes bei Bestimmung der Haftbarkeit des Fabrikherrn, jedoch ausschließlich zu Gunsten ihrer Angestellten und Arbeiter — weit über die Grenzen hinausgegangen ist, welche das deutsche Gesetz vom 7. Juni 1871 in seinem § 2 für die Haftbarkeit des Fabrikherrn gezogen hat. Denn in der litt. b des zitirten Artikels ist zu Gunsten der Arbeiter und Angestellten im Wesentlichen dieselbe Strenge der Haftbarkeit „aus Fabrikbetrieb" vorgeschrieben, wie sie das deutsche Haftpflichtgesetz nur „beim Betriebe der Eisenbahnen" und das schweizerische Gesetz vom 1. Heumonat 1875 nur „beim Betrieb der Eisenbahn- und Dampfschifffahrts-Unternehmungen" kennt.

Aus dieser Abweichung vom deutschen Gesetze im ausschließlichen Interesse des Arbeiterstandes in einem Gesetze vom Jahre 1877 kann aber schwerlich der Schluß gerechtfertigt werden, daß der schweizerische Gesetzgeber schon bei einem Gesetze vom Jahr 1875, das von der Sonderstellung des Arbeiterstandes dem übrigen Publikum gegenüber prinzipiell *nichts* wissen wollte, die Tendenz gehabt habe, eine Redewendung, die er aus dem deutschen Gesetze entnommen hat, in einem *weiteren* Sinne, als dieses, aufzufassen.

Schließlich mag noch erwähnt werden, daß Herr Prof. König in Bern, der einzige Schriftsteller, der sich bis jetzt mit einer Auslegung des schweizerischen Gesetzes vom 1. Heumonat 1875 befaßt hat, in seinem Aufsatze in der Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Jahrgang 1877, Heft 1, pag. 125, hinsichtlich der Interpretation der Worte

Digitized by Google

„beim Betriebe" genau zu demselben Resultate gelangt, welches hier näher zu begründen versucht worden ist.*)

Uebersicht der Rechtsprechung des Obergerichts und des Appellations- und Cassationshofes des Kantons Bern.

August 1877.

34) Nachträgliche Abtretung einer bereits getilgten Forderung.

Schneider gegen Kilcher.
(2. August 1877.)

Den 27. April 1857 stellte Peter Kilcher zu Gunsten seines Bruders Johannes Kilcher eine Obligation aus für einen Betrag von Fr. 2150, und es wurde dieselbe durch Abschlagszahlungen bis 9. März 1861 auf Fr. 935. 52 reducirt. Durch Vertrag vom 18. October 1862 trat der Schuldner Kilcher seinen fünf Kindern sein Vermögen ab unter Ueberbindung von Verhaftungen und eines Obligationenkapitals von Fr. 1100. Der restanzlichen Schuld von Fr. 935. 52 wurde keine Erwähnung gethan, und auch bei der Theilung der Kinder unter sich wurde sie von keinem Kinde auf seinen Theil übernommen. Dessenungeachtet löste der eine Sohn Christian Kilcher noch bei Lebzeiten des Vaters die Obligation bei dem Gläubiger ein, und stellte ihm dafür eine neue unter Bürgschaft seines Bruders und Schwagers aus. In der neuen vom 12. und 13. November 1864 datirten Obligation erkärte der neue Schuldner, er schulde dem Johannes Kilcher, Joh. sel., eine Summe von Fr. 935, herrührend von Herausgabe einer auf des Schuldners Vater, Peter Kilcher, lautenden Obligation vom 9. März 1856 und 27. April 1857 von ursprünglichen Fr. 2150, und verpflichtete sich, die Schuldsumme vom 9. März 1864 hinweg zu 4 % zu verzinsen und auf sechsmonat-

*) Zu dem nämlichen Resultat gelangt auch Herr Prof. Dr. Regelsberger in seinem Gutachten über die Frage: Ob für eine bei dem Bau oder Betrieb der Wädensweil-Einsiedler-Eisenbahn erfolgte Tödtung oder körperliche Verletzung eines Menschen auf Grund des eidgen. Haftpflichtgesetzes vom 1. Heumonat 1875 die Schweizerische Nordostbahngesellschaft ersatzpflichtig ist. Zürich, bei J. J. Ulrich. 1878. Seite 18 ff.

Digitized by Google

liche Kündigung hin abzubezahlen, bei Verbindung seiner Habe und Güter. Die Bürgen verpflichteten sich für die Summe von Fr. 935 Zinsen und Folgen „als unbedingte Bürgen bei Verbindung ihrer Habe und Güter in Solidum".

Den 4. Februar 1866 wurde dieses Obligationenkapital durch einen der Bürgen abbezahlt, allein erst am 21. April 1869, zwei Jahre nach dem Tode des Vaters Kilcher, ließen die Brüder Johannes und Christian Kilcher eine Cession zu ihren Gunsten in den Schuldtitel eintragen.

Da nach dem Tode des Vaters Kilcher die Erbschaft von seinen Kindern nicht ausgeschlagen worden war, so nahmen Johann und Christian Kilcher an, es sei die Schuld auf sämmtliche Erben übergangen, und zwar auf jedes zu einem Fünftheile, und da inzwischen einer der Erben notorisch insolvent geworden war, so übernahmen sie selbst die Hälfte und beanspruchten die andere Hälfte mit Fr. 467. 50 von den beiden übrigen Miterben. Diesen Anspruch traten sie dem Kläger Bendicht Schneider ab, welcher nun gegen die Beklagten klagend auftrat.

Dieselben bestritten die Schuldpflicht und machten geltend: Es ergebe sich aus dem Thatbestande, daß die Einlösung der Schuld des Vaters Kilcher erfolgt sei durch die Ausstellung der Obligation vom 12. und 13. November 1864. Damals sei Vater Kilcher noch am Leben gewesen und der bloße Nachweis seitens der Gebrüder Christian und Johann Kilcher, daß sie zu dessen Lebzeiten für ihn Schulden eingelöst haben, gebe ihnen keinerlei Rückgriffsrechte gegen ihre Geschwister Peter und Rosina Kilcher. Die Schulden seien keine Erbschaftsschulden gewesen, sondern haben auf der Person des Vaters gehaftet, und eine gesetzliche Verpflichtung der Kinder, dieselben zu bezahlen, habe nicht bestanden, und noch viel weniger eine Schuldensolidarität unter den Kindern.

Im weitern wurde die Rechtsförmigkeit und Verbindlichkeit der Cession vom 21. April 1869 bestritten; dieselbe beruhe auf falschen Voraussetzungen und Angaben. Es sei nicht wahr, was darin behauptet werde, daß die fragliche Kapitalrestanz der Fr. 935 durch die Obligation vom 12./13. November 1864 von Christian und Johann Kilcher eingelöst worden sei. Letzterer habe sich für den ersteren einfach als Bürge verpflichtet und hafte aus dieser Bürschaftsverpflichtung. Die ältere Obligation habe also Johann Kilcher nicht eingelöst und durch die Einlösung der neueren habe er nur seine eigene Schuld bezahlt.

Daß die Erbschaft des Vaters Kilcher Seitens seiner Notherben nicht ausgeschlagen worden sei, sei richtig, dagegen werde

Digitized by Google

bestritten, daß zu den Verbindlichkeiten des Erblassers die im Streite liegende, bereits im Jahre 1864 getilgte Obligation gehört habe und deßhalb sei sie bei der Theilung auch nicht berücksichtigt worden und auch nicht auf die Kinder übergegangen. Weder Christian Kilcher, noch viel weniger der Bürge Johann Kilcher seien durch die Einlösung der Obligation vom 9. März 1876 und 27. April 1857 in die Rechte des Gläubigers eingetreten und hätten demnach diese Rechte auch nicht an Bendicht Schneider übertragen können.

Das Rechtsbegehren des Klägers: „Es seien die Beklagten, Geschwister Kilcher, mit Handen sie handeln, schuldig, den mittelst Zahlungsaufforderung vom 19. und 24. Februar 1870 geforderten Kapitalbetrag von Fr. 467 nebst Zins vom 9. März 1861 à 4 % und gesetzlichen Folgen zu bezahlen," wurde in beiden Instanzen zugesprochen.

Motive:

Peter Kilcher schuldete in Folge Obligation vom 27. April 1857 seinem Bruder Johann Kilcher ein Kapital von Fr. 2150, welches er bis auf Fr. 935. 52 abbezahlte.

Durch Abtretungs- und Schleißbeile vom 18. October 1862 und 13. August 1863 trat Peter Kilcher sein ganzes Vermögen in Aktiven und Passiven seinen Kindern Christian, Johann, Peter, Barbara und Rosina Kilcher unter Vorbehalt eines Schleißzinses eigenthümlich ab und letztere schlossen sodann über dasselbe unter sich am 28. November und 5. Dezember 1863 eine Theilung ab.

In dieser Theilung wurde das hievor erwähnte restanzliche Obligationskapital der Fr. 935. 52 nicht überbunden und es lösten solches die Brüder Christian und Johann Kilcher durch Ausstellung einer neuen Obligation an den damaligen Gläubiger Johann Kilcher d. d. 12. und 13. November 1864 ein, ohne sich damals in die alte Obligation vom 27. April 1857 eine auf ihren Namen lautende Quittung und Abtretung eintragen zu lassen, sondern es erfolgte eine bezügliche Abtretung von Seiten des Johann Kilcher erst am 21. April 1869.

Mittlerweile, d. h. am 26. October 1867 verstarb Vater Peter Kilcher, er wurde von seinen Kindern beerbt und es sind infolge dessen die von ihm eingegangenen Verbindlichkeiten auf sie übergegangen.

Es ist nun durch Experte hergestellt, daß die Unterschrift des Johann Kilcher auf der Cession vom 21. April 1869 ächt ist.

Digitized by Google

Wenn auch die Söhne Kilcher die Schuld schon im Jahre 1864 eingelöst haben, so ist die Gültigkeit der Cession vom 21. April 1869 nicht dahingefallen, da in der fraglichen Obligation eine Quittung nicht eingetragen worden ist, und sie, die Söhne Kilcher, berechtigt waren, eine Abtretung zu verlangen, weil kein Grund zu Befreiung des ursprünglichen Schuldners und auch kein solcher zu der Annahme vorlag, daß eine Cession nicht mehr zulässig sei.

Da der eine Miterbe des Peter Kilcher, Christian Mischler, als Ehemann der Tochter Barbara Kilcher, insolvent ist, so fallen den Beklagten 3/4 an die fragliche Obligationsschuld der Fr. 935. 52 zu bezahlen auf, was den eingeklagten Betrag ausmacht.

Bemerkung. Aus welchen Gründen der Sohn Kilcher für die restanzliche Schuldsumme von Fr. 935. 52 an die Stelle seines Vaters getreten ist, ergiebt sich aus den Akten nicht und weder von dem Kläger noch von den Beklagten wurden Thatsachen angeführt, welche geeignet gewesen wären, diesen Punkt aufzuhellen. Wir stehen daher auf einer formellen Grundlage, und müssen von dieser aus die aufgeworfene Streitfrage beurtheilen. Kläger beruft sich nun darauf, es sei die daherige Forderung durch Abtretung auf seine Cedenten übergegangen und er könne sie daher in gleicher Weise geltend machen, wie der ursprüngliche Gläubiger. Eine solche Cession hat aber nicht stattgefunden. Der Sohn Kilcher hat die Forderung des Johannes Kilcher nicht erworben, sondern die Schuld seines Vaters getilgt. Indem er sich dem bisherigen Gläubiger gegenüber als Schuldner verpflichtete, tilgte er die Forderung desselben und befreite seinen Vater. In Folge dessen wurde ihm die Obligation seines Vaters herausgegeben. Von diesem Augenblick an existirte die ursprüngliche Forderung nicht mehr und es stund daher auch dem Johannes Kilcher kein Recht mehr zu, gegen seinen Bruder Peter Kilcher, sondern nur noch ein solches gegen den Neffen Christian Kilcher und eine Abtretung war daher nicht mehr möglich. In vorliegendem Falle erfolgte auch eine solche nicht bei Ausstellung der neuen Obligation, auch nicht bei Tilgung derselben, sondern erst lange Zeit nachher, zu einer Zeit, wo sowohl die ursprüngliche Forderung als die spätere unzweifelhaft längst aufgehört hatten zu existiren. Die Art und Weise nun, wie die obergerichtlichen Motive die trotzdem geschehene nachträgliche Abtretung zu rechtfertigen versuchen, beweist am besten, daß eine solche Rechtfertigung zu den Unmöglichkeiten gehört.

Die Motive selbst nehmen an, es sei die Schuld des Vaters

Digitized by Google

von den Söhnen Kilcher bereits im Jahre 1864 eingelöst worden, das heißt doch wohl, es sei die Schuld des Vaters durch die Söhne getilgt worden, und es habe in Folge dessen der erstere aufgehört, Schuldner seines Bruders zu sein. Letzterer konnte daher eine Forderung nicht übertragen, die ihm nicht mehr zustund und die überhaupt zu existiren aufgehört hatte. Das Gericht sucht aber durch folgende Argumentation über die Schwierigkeit hinwegzukommen: Die Gültigkeit der Cession vom 21. April 1869 sei nicht dahingefallen, weil in der fraglichen Obligation eine Quittung nicht eingetragen worden sei, und die Söhne Kilcher berechtigt gewesen seien, eine Abtretung zu verlangen, weil kein Grund zu Befreiung des ursprünglichen Schuldners und auch kein solcher zu der Annahme vorgelegen habe, daß eine Cession nicht mehr zulässig sei.

Es würde sich der Mühe lohnen, eine stehende Rubrik einzuführen für derartige unglaubliche Redaktionen und Begründungen, wie wir sie so oft in den Urtheilen des bernischen Appellationshofes und auch anderer schweizerischen Gerichte finden; es würden dadurch die Referenten und die Gerichtsschreiber genöthigt, ihre Denkkraft etwas mehr anzuspannen und das juristische Publikum etwas weniger spöttisch zu behandeln. Von einem Dahinfallen der Gültigkeit der Cession handelte es sich im vorliegenden Falle nicht, denn nicht das war die Frage, ob eine ursprünglich gültige Cession nachträglich dahingefallen, d. h. ungültig oder unwirksam geworden sei, sondern darum, ob eine Cession gültig habe ausgestellt werden können, nachdem die Forderung getilgt war. Dieses letztere scheint das Gericht angenommen zu haben, weil „in die fragliche Obligation eine Quittung nicht eingetragen worden sei"; muß denn eine Quittung in die Schuldurkunde eingetragen werden, um gültig zu sein, kann die Erklärung, daß die Obligation getilgt sei, nicht auch in einer besonderen Urkunde ausgestellt werden, und hat nicht gerade in unserem Fall der Gläubiger seinen Forderungstitel gerade deßhalb dem Sohne Kilcher herausgegeben, weil dieser die Schuld getilgt hatte? Wie soll dann die gegenstandslose Cession durch die Nichteintragung der Quittung in den ursprünglichen Forderungstitel gerechtfertigt werden können?

Ebenso unrichtig ist das fernere Motiv, die Söhne Kilcher seien berechtigt gewesen, die Abtretung zu verlangen. Nur in einzelnen vom Gesetz genau bestimmten Fällen kann der Gläubiger angehalten werden, seine Forderung demjenigen zu cediren, der sich bereit erklärt, ihn zu befriedigen. So kann der zahlende Bürge die Abtretung des Forderungstitels verlangen, und kann

Digitized by Google

der Schuldner seinen Gläubiger anhalten, sein Forderungsrecht auf einen neuen Uebernehmer zu übertragen in den Fällen der §§ 2 und 4 des Gesetzes vom 14. November 1836 und des § 20 des Gesetzes vom 12. November 1846. Außer diesen gesetzlichen Fällen hat ein Gläubiger keine Verpflichtung, seinen Forderungstitel demjenigen abzutreten, welcher ihm Zahlung leistet, noch hat der Dritte, welcher für einen Schuldner zahlt, das Recht, eine Abtretung zu fordern. Das obergerichtliche Urtheil befindet sich daher in flagrantem Widerspruch mit unserer positiven Gesetzgebung, und dieser wird nicht aufgehoben durch die Erwägung, es sei kein Grund zu Befreiung des ursprünglichen Schuldners und auch kein solcher zu der Annahme vorgelegen, daß eine Cession nicht mehr zulässig sei. Ob die Söhne einen Grund gehabt haben, für ihren Vater Zahlung zu leisten oder nicht, berührt ihr Verhältniß zu dem Gläubiger nicht, sondern nur dasjenige zu dem Schuldner, und ist daher für das Recht, eine Cession zu verlangen oder die Pflicht, eine solche zu vollziehen, durchaus irrelevant. Die Söhne hatten sich mit dem Vater zu verständigen und sich von ihm einen Gegenwerth leisten oder eine neue Schuldverpflichtung ausstellen zu lassen. Ob dieß geschehen sei, ergiebt sich aus dem Urtheil nicht, aber jedenfalls liegt in dem Mangel eines Grundes zu Befreiung des ursprünglichen Schuldners noch kein Grund zu Bestreitung der Thatsache, daß die Befreiung wirklich stattgefunden habe. Auch die weitere Begründung, es habe kein Grund zu der Annahme vorgelegen, daß eine Cession nicht mehr zulässig sei, ist durchaus nichtssagend. Wer gestützt auf eine Cession eine Forderung geltend macht gegen den ursprünglichen Schuldner oder seine Rechtsnachfolger, der hat nachzuweisen, daß ihm Rechte übertragen worden sind, die im Augenblicke der Cession noch vorhanden waren und übertragen werden konnten, denn nur in diesem Falle ist die Cession zulässig, möglich und wirksam. Wenn aber feststeht, daß die ursprüngliche Obligation getilgt und der Forderungstitel herausgegeben worden ist, und daß auch die neue Schuldverflichtung, welche an Stelle der alten getreten war, getilgt worden ist, dann bedarf es allerdings eines Nachweises, daß dem ursprünglichen Gläubiger einer getilgten Forderung noch das Recht zustehe, sein nicht mehr bestehendes Forderungsrecht abzutreten, und daß die Cessionäre aus einer solchen Cession Rechte herleiteu können; daß aber ein solcher Nachweis erbracht worden sei, ergiebt sich aus dem oberinstanzlichen Urtheil sicherlich nicht.

K.

Digitized by Google

35) Regreßrecht gegen eine nachfolgende Bahn. Verschiedenheit der bernischen und baslerischen Rechtsprechung.

Suisse Occidentale gegen Centralbahn.
(9. August 1877.)

Ueber Waaren, welche in Boulogne für den Berner Jura waren aufgegeben worden, konnte sich der Fuhrmann, dem sie in letzter Linie zur Spedition und Ablieferung waren übergeben worden, nicht ausweisen. Infolge dessen belangte der Absender die französische Nordbahn auf Entschädigung und diese nahm ihren Regreß gegen die Nachbahnen, die französische P.-L.-M. und die Suisse Occidentale. Ueberall wurden die Regreßklagen zugesprochen, und es wuchsen infolge dessen die Regreßforderungen immer höher an. Während die ursprüngliche Forderung Fr. 283. 80 betragen hatte, wurde bereits die Suisse Occidentale der P.-L.-M. gegenüber zu Fr. 1002. 50 Kosten und Entschädigung verurtheilt. Dazu kamen noch Fr. 495. 05 eigene Kosten, so daß nun ein Betrag von Fr. 1497. 55 gegen die schweizerische Centralbahn als Vertreterin der bernischen Staatsbahn eingeklagt wurde. Die Beklagte bestritt die Verbindlichkeit zum Schadensersatz aus folgenden Gründen:

1. weil entweder der Bestimmungsort des in Frage stehenden Frachtguts im Frachtbriefe unrichtig angegeben oder dasselbe von den Vorbahnen unrichtig instradirt worden sei und deßhalb die Ablieferung an die Adresse nicht habe erfolgen können;
2. weil die beklagten Bahnen ihren Verpflichtung erfüllt, resp. das Frachtgut an einen die Fuhr nach dem bernischen Jura besorgenden Fuhrmann übergeben haben und sonach für die Weiterbeförderung nicht haften;
3. weil der Versender oder die Vorbahnen zu spät Reklamationen erhoben und auf die Anfrage, was mit dem refüsirten Frachtstücke vorgenommen werden solle, gar keine Weisung ertheilt haben, so daß der spedirende Fuhrmann mittlerweile darüber habe verfügen können und infolge seines eingetretenen Geltstages ein eventuelles Rückgriffsrecht seines unmittelbaren Transportvorfahrs thatsächlich illusorisch geworden sei;
4. weil abgesehen hievon infolge der genannten Verspätungen auch rechtlich der Rückgriff gegen den letzten Transportführer verjährt sei;
5. weil die erstbelangte Bahn von dem gegen sie angehobenen Rechtsstreite den nachfolgenden Bahnen keine Nachricht ge-

Digitized by Google

geben habe, somit jedes Rückgriffsrecht gegen die beklagte Bahn verjährt und erloschen sei;

6. weil auch die regreßweise belangte P.-L.-M.-Bahn ihrer eventuell haftenden Nachfolgerin von diesem Regreßprozeß nicht rechtzeitig Mittheilung gemacht habe, somit sowohl diese als ihre Nachbahnen von jeder Haftungspflicht befreit seien;
7. weil, angenommen auch in diesem ersten Regreßprozeß hätte die Beklagte ihrer direkten Nachfolgerin den Streit rechtzeitig verkündet, diese es jedenfalls gegenüber ihrer Nachbahnen unterlassen habe;
8. weil auch im zweiten Regreßprozeß P.-L.-M. gegen S. O. letztere es unterlassen habe, der ihr angeblich haftenden Nachbahn vom Streite in einer gesetzlich verbindlichen Weise Kenntniß zu geben.

Diesen Behauptungen gegenüber machte die S. O. geltend:

1. Sie habe das fragliche Faß in Gemäßheit des ihr zugestellten Frachtbriefes der bernischen Staatsbahn am 9. November 1871 übergeben und diese habe es zur Weiterspedition übernommen; wäre auch die Adresse unrichtig gewesen, was bestritten werde, so falle das daherige Verschulden ihr nicht zur Last.
2. Die der S. O. nachfolgenden Transportanstalten seien verpflichtet gewesen, die zur Sicherstellung der fraglichen Waaren erforderlichen vorläufigen Vorkehren zu treffen, sie hätten hiezu keiner Weisung der vorhergehenden Bahnen bedurft.
4. Der Rückgriff sei nicht verjährt.
5. Das französische Gesetz kenne unsere Vorschriften in Betreff der Streitverkündigung nicht.
6. Die Behauptung, die regreßweise beklagte P.-L.-M.-Bahn habe die ihr nachfolgenden Transportanstalten nicht rechtzeitig von dem gegen sie erhobenen Regreßprozesse in Kenntniß gesetzt, werde durch die hierseitigen Klags- und Replikanbringen widerlegt; sei übrigens Angesichts des von den waadtländischen Gerichten gegen die S. O. ausgefällten Urtheiles ganz unerheblich.
7. Endlich werde sowohl auf die in der Klage, als in der Replik enthaltenen Anbringen verwiesen.

In erster und oberer Instanz wurde die Regreßklage der S. O. gegen die bernische Staatsbahn, vertreten durch die schweizerische Centralbahn, zugesprochen, und letztere infolge dessen zu

Digitized by Google

Fr. 1497. 55 Entschädigung und Fr. 560. 25 Kosten verurtheilt.

Motive:

Daß die drei Rechtsbegehren der vorstehenden Regreßklage sich auf die Urtheile des Bezirksgerichts von Lausanne vom 15. April 1875 und des waadtländischen Kantonsgerichts vom 10. Juli gleichen Jahres stützen, durch welche die schweizerischen Westbahnen gegenüber der P.-L.-M.-Bahn wegen Verlustes eines von Boulogne nach La Roche gesandten, aber verloren gegangenen Frachtstückes zur Entschädigung und zu den Kosten verurtheilt worden sind;

daß die Regreßpflicht der Beklagten als Nachbahn gestützt auf die constante Gerichtspraxis und im Hinblick auf Art. 35 des seither erlassenen Bundesgesetzes vom 20. März 1875 nicht wohl bestritten werden kann;

daß aber die Beklagte vorerst geltend macht, die Entschädigungsklage des Versenders sei bei den französischen Gerichten nicht innerhalb der durch Art. 108 des Code de commerce vorgeschriebenen Fristen angebracht worden;

daß aber eine Waarensendung in's Ausland (Boulogne nach La Roche im bernischen Jura) in Frage steht, bei welcher die Klage innert Jahresfrist angebracht werden muß;

daß die fragliche Waare am 13. Oktober 1871 zu Boulogne der französischen Nordbahn übergeben wurde, am 3. November in Verrières, am 9. November in Neuenstadt anlangte und am 17. November, alles 1871, von der schweizerischen Centralbahn in Biel übernommen wurde;

daß die französische Nordbahn gegenüber dem Versender Flagcollet durch das Handelsgericht von Boulogne bereits am 15. Juni 1872 wegen des fraglichen Frachtstücks zu einer Entschädigung verurtheilt wurde, die Klage somit innerhalb Jahresfrist, d. h. rechtzeitig angebracht worden ist;

daß die Beklagte ferner behauptet, der Streit sei ihr nicht rechtzeitig und nicht nach Vorschrift des bernischen Gesetzes verkündigt worden;

daß zwar das Urtheil des Handelsgerichts von Boulogne vom 15. Juni 1872 ausgefällt wurde, ohne daß vorher den nachfolgenden Bahngesellschaften der Streit verkündigt oder irgend eine Mittheilung gemacht worden war;

daß aber die Streitverkündigung nach französischem Recht keine absolute Voraussetzung der Regreßklage ist und die Prozeßvorschriften einen territorialen Charakter haben;

Digitized by Google

daß denn auch das Handelsgericht von Paris vom 18. Juni 1874 im Regreßprozesse der französischen Nordbahn gegen die P.-L.-M.-Bahn und ebenso die waadtländischen Gerichte im Regreßprozesse der letztern Bahngesellschaft gegen die schweizerischen Westbahnen vom 15. April und 10. Juni 1875 diesen Einwand nicht als stichhaltig erachtet haben, um die Regreßklage abzuweisen;

daß das Urtheil des Handesgerichts von Boulogne den betheiligten Bahngesellschaften ohne Verzug mitgetheilt wurde und später denn auch Streitverkündigungen erlassen worden sind;

daß die erwähnten Frachtführer vom Streitverhältnisse rechtzeitig in Kenntniß gesetzt worden sind, so daß sie wenigstens vor der Anhebung und Beurtheilung des Regreßprozesses durch die Gerichte zu Paris und Lausanne ihre Vertheidigungsmittel hätten anbringen oder den Streit selbst hätten übernehmen können;

daß die Mittheilung der Streitverkündigung durch den Procureur des Kantons Waadt den dortigen Prozeßgesetzen entspricht und für die bernische Staatsbahn als verbindlich betrachtet werden muß;

daß auch der letzte Einwand der Beklagten, ihr Rückgriff sei gemäß den Art. 35, 36, 2. und 37 des eidgenössischen Transportgesetzes von 1875 ausgeschlossen, nicht gerechtfertigt ist, weil: *)

a. das Frachtstück zwar auf dem Wege von Basel nach La Roche verloren ging und
b. La Roche als Ort der Ablieferung nicht an der Bahn der Beklagten, noch überhaupt an einer Bahnlinie liegt,
c. jedoch in keiner Weise nachgewiesen wurde, der Rückgriff der Beklagten an die Packträgeranstalt von Basel und derjenige der letzteren an Fuhrmann Donzé, der allerdings in Concurs gerathen ist, sei ausgeschlossen;

daß übrigens die Satz. 737 des bernischen Civilgesetzes eine solche Unterscheidung des Bestimmungsortes nicht kennt und das eidgenössische Transportgesetz von 1875 erst seit dem Verluste der fraglichen Waare erlassen worden ist.

Bemerkung. Gestützt auf obiges Urtheil belangte nun die schweizerische Centralbahn den Fuhrmann, welchem sie die Waare zur Weiterspedition übergeben hatte. Sie berief sich dabei darauf, der rechtliche Grundsatz stehe fest, daß jeder Transportübernehmer für verlorene Gegenstände seinem Vormanne regreß-

*) Daß die daherige Befürchtung begründet war, beweist das in der Bemerkung mitgetheilte Urtheil des Basler Gerichts.

Digitized by Google

pflichtig sei. Beklagter müsse sich das Ergebniß der verschiedenen Prozesse um so mehr gefallen lassen, als ihm durch die Streitverkündigung Gelegenheit geboten worden sei, sich zu betheiligen und seine Rechte zu wahren. Das Gericht wies die Klage ab und verwarf den klägerischerseits eingenommenen Rechtsstandpunkt unter Annahme folgender Gründe:

Die Klägerin kann ihren Anspruch an Beklagten nicht auf die bloße Thatsache stützen, daß in den früheren Prozessen ihm der Streit verkündet worden sei und er darum dem übeln Ausgange sich unterziehen müsse; eine so weit gehende Wirkung ist in der Streitverkündigung nicht enthalten, und wenn das Gericht schon im Verhältniß von Eisenbahn zu Eisenbahn die Auffassung zurückgewiesen hat, als müsse sich die nachfolgende Bahn bei Verlust oder Beschädigung von Transportstücken das gegen ihre Vorbahnen erlassene Urtheil gefallen lassen, sobald ihr der Streit verkündet worden sei, so muß dieß noch viel mehr der Fall sein, wenn an dem Transport nicht nur Eisenbahngesellschaften betheiligt sind, deren Haftbarkeit gegen außen und innen in mancher Hinsicht besonderen Grundsätzen unterliegt, sondern auch Privatpersonen, deren Stellung eine thatsächlich und rechtlich verschiedene ist.

Wenn somit der Beklagte für den der Klägerin erwachsenden Schaden ganz oder theilweise in Anspruch genommen werden soll, so kann dieß nicht geschehen auf Grund der ergangenen Urtheile, die für ihn unverbindlich sind, sondern auf Grund einer Verschuldung, die ihm selbst oder einer Person, für die er der Klägerin verantwortlich ist, zur Last fällt.

Betreffend die Praxis der Basler Gerichte berufen wir uns im ferneren auf folgende Thatsachen:

Die schweizerischen Westbahnen wurden von einem Adressaten in Genf belangt, weil eine Sendung von Seefischen aus Holland in verdorbenem Zustande angekommen war, und das Urtheil fiel zu ihren Ungunsten aus. Sie nahm nun den Regreß gegen die Centralbahn, welche ihrerseits behauptete, das Urtheil des Handelsgerichtes sei offenbar unrichtig und könne darum nicht als Grundlage eines Regresses dienen, vielmehr müssen die Folgen des Urtheils auf der Klägerin bleiben. Das Civilgericht von Basel trat dieser Auffassung bei unter Annahme folgender Erwägungsgründe:

„Es fragt sich nun nur, ob aus dem rechtlichen Verhältnisse, in welchem die Parteien zu einander stehen, eine solche Haftbarkeit gefolgert werden kann.

Digitized by Google

Dieß muß aber verneint werden; Kläger ist Mandatar der Beklagten und der Streitberufenen.

Nun haftet der Auftraggeber dem Mandataren für den Schaden, der dem Mandatar in Ausführung des Auftrages durch des ersteren Schuld erwachsen ist.

Solche Schuld des Auftraggebers liegt nicht vor; Klägerin hat sie nicht einmal behauptet, sondern von vorneherein das Urtheil des Genfer Handelsgerichtes als ein unrichtiges erklärt, indem ein Fehler irgend einer Bahn nicht vorliege; die Prüfung der Akten bestätigt diese Behauptung. Es fehlt darum ein Grund zur Haftbarmachung der Beklagten und der streitberufenen Vorbahnen und die Klägerin muß das Ergebniß des Prozesses an sich tragen." (Urtheil vom 23. November 1875.)

Dieses Urtheil wurde oberinstanzlich bestätigt und zwar mit der nämlichen rechtlichen Begründung, von welcher wir folgenden Passus hervorheben:

„Der Umstand allein, daß die Westbahn als abliefernde Bahn und ohne eigene Schuld zum Schadenersatz verfällt worden ist, genügt nicht, um nun ohne Weiteres die Centralbahn als ihre Vorbahn in die gleiche Summe zu verfällen. Es ist ein in der hiesigen Gerichtspraxis in Sachen des durchgehenden Transportes, wobei die in's Recht gezogenen Bahnen durch Uebernahme der Waare mit direktem Frachtbrief für die ganze rückliegende Transportstrecke in die Verbindlichkeiten ihrer Vorbahnen eingetreten sind, längst anerkannter Satz, daß eine Bahn, welche hier auf Schadenersatz belangt wird, dann freigesprochen werden muß, wenn sie einerseits am Schaden unschuldig ist, und wenn sie anderseits beweisen kann, daß ihr der Regreß gegen ihre Vorbahnen, nach den Gesetzen und Reglementen, unter welchen diese letztern stehen, abgeschnitten ist. Dieß ist nun hier der Fall, da die Vorbahnen, welche Alles gethan, was ihnen ihre Gesetze und Reglemente vorschreiben, gegen eine Regreßklage der Centralbahn von ihren Gerichten unzweifelhaft geschützt würden.

Wenn also Klägerin auch ohne eigene Schuld durch das Genfer Handelsgericht verurtheilt worden ist, so hat sie doch die Folgen dieses Urtheils an sich selbst zu tragen, da keinerlei Grund vorliegt, dieselben auf die in Sachen ganz ebenso unschuldige Centralbahn überzutragen." (3. Februar 1876.)

Herr G. Fierz in Zürich hatte dem Lagerhaus Olten einen Waggon mit 26 Ballen Baumwolle zur Spedition nach Mühlhausen übergeben. Derselbe verbrannte in der Nacht vom

Digitized by Google

25./26. Mai 1871 und Fierz belangte nun die Centralbahn als übernehmende Bahn für den erlittenen Schaden und erlangte von dem Solothurner Obergericht ein obsiegliches Urtheil. Da nun das Unglück auf der Elsaß-Lothringer Bahn sich ereignet hatte, so belangte die Centralbahn dieselbe auf dem Regreßwege. Die Klage wurde abgewiesen unter Annahme folgender Rechtsgründe:

„Aus eigener Verschuldung kann die heutige Beklagte, welche auf ganz kurzer Strecke damals die Vermittlung zwischen der Klagpartei und der Elsaß-Lothringer Bahn versah, nicht haften, denn sie ist an dem fraglichen Brande unschuldig.

Daran kann nichts ändern, daß gegenüber der heutigen Klagpartei diese Gründe von den Gerichten von Solothurn nicht beachtet worden sind, und sie nun den fraglichen Schaden aus ihren Mitteln bestreiten muß. Sie hat das höherer Gewalt gleich zu achten." (Urtheil vom 13. April 1875.)

36) Durch Erwerbung eines auswärtigen Bürgerrechts verliert der Schweizer sein Schweizerbürgerrecht nicht, sondern es bedarf hiezu einer Verzichtleistung von Seiten der schweizerischen Angehörigen und der Entlassung von Seiten seiner heimatlichen Behörden.

Hofer gegen Hofer.

(10. August 1877.)

(Vergl. Zeitschrift X, 361.)

In einem Scheidungsprozesse, welchen der bevogtete Ehemann Hofer ohne Mitwirkung seines Vogtes gegen seine Ehefrau angehoben hatte, erhob letztere folgende Einrede:

Es sei zu erkennen, Johannes Hofer sei nicht befugt, selbstständig, ohne Mitwirkung des Vogtes und Autorisation der Vormundschaftsbehörde im Rechten aufzutreten und es sei daher die Beklagte mit Handen sie handelt, auch nicht schuldig, sich auf die Klage einzulassen, resp. sie sei von der Instanz zu befreien.

Hofer schloß auf Abweisung, weil er das amerikanische Bürgerrecht erworben habe, weßhalb seine Bevogtung dahingefallen sei.

Die Beklagte verneinte, daß Kläger auf rechtsförmige und rechtsverbindliche Weise das Bürgerrecht der Vereinigten Staaten Nordamerika's erworben und daß derselbe auf das Schweizer-

Digitized by Google

bürgerrecht verzichtet habe; namentlich verneinte sie, daß der Vogt bei diesen beiden Akten mitgewirkt und die Vormundschaftsbehörde ihn dazu autorisirt habe. Die Verzichtleistungserklärung sei als ungenügend von der kompetenten Behörde nicht angenommen und Kläger aus dem Gemeinds-, Kantons- und und Schweizerbürgerrechte nie entlassen worden.

Der Appellations- und Cassationshof sprach der Beklagten, Ehefrau Hofer in Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheiles ihr Rechtsbegehren zu, unter Annahme folgender

Motive:

Daß der kläger'sche Ehemann Hofer, nach Mitgabe der von ihm zu Protokoll gegebenen Vertheidigung auf die Legitimationseinrede der Beklagten, selbst von dem Rechtsstandpunkte ausgeht, daß ein bevogteter Ehemann zu Anhebung des Ehescheidungsprozesses der Mitwirkung seines Vormundes unter Autorisation der Vormundschaftsbehörde bedürfe, — folglich eine eingehendere Prüfung dieser Frage im vorliegenden Falle dahingestellt bleiben kann;

daß somit nur noch zu untersuchen ist, ob der Kläger Hofer, über den zugestandener Maßen unterm 11. März 1869 die Bevogtung verhängt wurde, noch dermalen unter Vormundschaft stehe oder nicht;

daß derselbe geltend macht, er habe unterm 31. März 1874 das nordamerikanische Bürgerrecht erworben und zu diesem Zwecke unterm 9. Juni gleichen Jahres auf sein Schweizerbürgerrecht Verzicht geleistet, womit denn auch die von den Bernischen Behörden gegen ihn verhängte Vormundschaft dahin gefallen sei;

daß man sich, wenn nämlich die Parteien darüber ausdrücklich streitig wären, vorerst fragen könnte, ob die von dem Kläger produzirte, „Declaration of intention" überschriebene Urkunde vom 31. März 1874 den nordamerikanischen Bürgerrechtserwerb wirklich konstatire oder nicht vielmehr nur die in „Ullmer Staatsrechtliche Praxis der Schweizerischen Bundesbehörden", Band I, Nr. 655 verlangte Erklärung, nordamerikanischer Bürger werden zu wollen, repräsentire, welcher erst nach zwei Jahren die effektive Bürgerrechtsaufnahme nachfolgen kann;

daß aber, selbst angenommen, Hofer habe das nordamerikanische Bürgerrecht wirklich erworben, damit noch immer nicht die Entlassung aus dem schweizerischen, beziehungsweise bernischen Bürgerrechtsverbande nachgewiesen ist;

Digitized by Google

daß nämlich, gleich wie nunmehr das Bundesgesetz vom 3. Heumonat 1876 die Aufgabe des Landrechtes als einen zweiseitigen Akt behandelt, Verzichtleistung von Seite des bisherigen Bürgers und Entlassung durch die betreffende kantonale Behörde, es auch seit der Mann- und Landrechtsordnung vom 18. März 1715 bernischen Rechtens war, daß die Landrechtsaufgabe erst durch die Annahme derselben Seitens des Regierungsrathes perfekt werde (vergl. neben der bereits zitirten Mann- und Landrechtsordnung Kreisschreiben des Regierungsrathes vom 9. April 1824 und Satz. 117 C.);

daß Hofer weder behauptet, noch viel weniger bewiesen hat, daß eine solche förmliche und rechtsverbindliche Aufgabe des hierseitigen Bürgerrechtes stattgefunden habe;

daß somit auch der Zustand der Bevormundung, so lange Hofer die Eigenschaft eines bernischen Kantonsbürgers beibehält, fortdauert und nur nach Mitgabe der Bestimmungen der hierseitigen Vormundschaftsordnung aufgehoben werden könnte, eine solche Entvogtung aber bis dahin nicht erfolgt ist.

37) Die Bestimmungen des Emanzipationsgesetzes finden nicht Anwendung auf Mütter außerehelicher Kinder. Dieselben sind daher nicht unfähig, Bürgschaften einzugehen.

Kernen gegen Sandoz.

(11. August.)

Siehe auch Urtheil vom 26. Juli 1866, Zeitschrift III., 118.

38) Bei der kurzen Verjährungsfrist von einem Jahre, innerhalb welcher die Testamentsabsetzungsklage angebracht werden muß, ist eine Provokation nur gerechtfertigt, wenn ein wesentliches Interesse speziell nachgewiesen ist, da ein solches sich nicht von selbst versteht, wie bei den ordentlichen Verjährungsfristen von zehn bis zwanzig Jahren.

Gerber und Mithafte gegen Tschanz und Mithafte.

(11. August.)

Digitized by Google

39) Policen-Klausel, daß alle nicht binnen drei Monaten nach erklärter Zahlungsweigerung rechtlich eingeforderten Ansprüche erlöschen. Versäumniß der Frist und Wiedereinsetzung in den früheren Stand.

Germania gegen Erbschaft Hänni.

(17. August.)

Johann Hänni, Sohn, hatte sich auf sein Ableben bei der Lebensversicherungsgesellschaft Germania für eine Summe von Fr. 20,000 versichert; bei seinem Tode verweigerte die Gesellschaft die Zahlung, weil der Versicherungsnehmer seinen Tod durch übermäßiges Trinken herbeigeführt habe. In Folge dessen war die Erbschaft Hänni genöthigt, den Rechtsweg zu betreten, und sie sandte zu dem Behufe die Akten an Herrn Fürsprech B. in Bern, welcher jedoch damals abwesend und somit weder in der Lage war, sich über Annahme oder Ablehnung des Geschäftes auszusprechen, noch sich überhaupt mit demselben zu beschäftigen. Nun enthält die Police der Germania folgende Bestimmungen:

„Alle von der Germania zu leistenden Zahlungen müssen binnen zwei Jahren nach dem Eintritte des die Zahlungspflicht der Germania bedingenden Zeitpunktes eingefordert und erhoben, und wenn die Zahlung von der Germania verweigert wird, binnen drei Monaten nach erklärter Weigerung durch Beschreiten des Rechtsweges eingeklagt und von Erhebung der Klage an bis zur Erwirkung eines rechtskräftigen Urtheils verfolgt werden, widrigenfalls jeder Anspruch an die Germania erlischt, ohne daß dieselbe zu irgend einer Vergütung für die empfangenen Prämien verpflichtet ist."

Der bestellte Anwalt hatte nun aus den angegebenen Gründen, trotz der rechtzeitig an ihn geschehenen Geschäftsübersendung, die Klage nicht binnen drei Monaten anhängig machen können, und beantragte daher Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, gestützt auf § 96, Ziff. 2 P. Er ging dabei von der Voraussetzung aus, es handle sich um eine Provokationsfrist von drei Monaten, worüber sich die Parteien unter der Voraussetzung des Eintrittes der in § 323 P. vorgesehenen Bedingungen und mit wörtlicher Berufung auf die in § 328 P. ausgesprochenen Folgen der Säumniß zur Vermeidung unnöthiger gerichtlicher Verhandlungen zum Voraus geeinigt hätten, und gegen deren Versäumniß unter den Voraussetzungen des § 96, Ziff. 2 P. eine Wiedereinsetzung zuläßig sein müsse.

Digitized by Google

Die beklagte Versicherungsgesellschaft machte dagegen geltend, der § 1 der allgemeinen Bedingungen der fraglichen Versicherungspolice enthalte u. A. wörtlich die Bestimmung: „Durch Annahme der Police und Zahlung der ersten Prämie oder Prämienrate wird das Einverständniß des Versicherungsnehmers mit dem ganzen Inhalte der Police festgestellt." Die Frist für die Erhebung der Klage, welche im § 16 der Policebedingungen festgesetzt sei, müsse demnach als eine vertragsmäßige Vereinbarung von der Art angesehen werden, daß die Säumniß in Benutzung fraglicher Frist den Verlust eines materiellen Rechts, d. h. des Rechts auf Zahlung der Versicherungssumme, falls ein solches überhaupt existiren sollte, zur Folge habe. Gegen diese Art von Fristen sei aber eine richterliche Restitution unzulässig, da eine solche nur bei rein prozessualischen Fristen Anwendung finden dürfe, unter welch' letztere Kategorie aber die Frist des § 16 nicht subsumirt werden könne.

Erstinstanzlich wurde das Wiedereinsetzungsbegehren abgewiesen, wobei der Richter von folgenden Erwägungsgründen ausging:

Die säumige Partei kann sich gegen die Folgen ihrer Säumniß in den vorigen Stand wieder einsetzen lassen, wenn die Voraussetzungen des § 96 P. zutreffen. Aus dem Tenor dieser Gesetzesstelle geht mit Sicherheit hervor, daß die Wiedereinsetzung lediglich auf gerichtliche Fristen Anwendung findet, während ein Remedium nach Ablauf einer civilen Verjährungszeit sowohl dem Gesetz wie der Praxis des Appellations- und Kassationshofes nicht bekannt ist. Von der Germania wird denn auch der Einwand erhoben, es könne eine Wiedereinsetzung überhaupt nicht Platz greifen, weil die Versäumniß sich auf eine materielle Verjährungsfrist beziehe, während die Erbschaft Hänni derselben prozessualische Natur zuschreibt. Zu Begründung der prozessualischen Natur der Frist wird geltend gemacht und in einem Gutachten einer Zahl von bernischen Juristen ausgeführt, § 16 der Police müsse als eine vertragsmäßig vereinbarte Provokationsfrist im Sinne des § 323 P. aufgefaßt werden.

Eine solche Vereinbarung würde offenbar dahin gehen, Parteien konveniren, für den Fall, daß der Versicherte innerhalb zwei Jahren nach dem Eintritte des die Zahlungspflicht der Germania bedingenden Zeitpunktes eine Zahlung eingefordert hat und diese bestritten wird, solle angenommen werden, es habe die Germania den Versicherten im Sinne des § 323 P. zur Klage aufgefordert und der Versicherte habe sich diesem Begehren unterzogen. In den klaren und deutlichen Worten des § 16

Digitized by Google

der Police steht jedoch von einer solchen Vereinbarung nichts, vielmehr wird einfach die Existenz des Anspruches an die Germania an die Bedingung der Geltendmachung des Anspruches durch Erhebung der Klage innerhalb 3 Monaten von der Zahlungsweigerung an geknüpft.

Angenommen aber auch, es wäre eine derartige kontraktliche Provokationsfrist vereinbart worden, so könnte sie nicht als gültig betrachtet werden.

Allerdings spricht zwar § 101 P. in Abweichung von § 74 P. auch von prozessualischen Fristen, die konventionsweise festgesetzt werden, aber dieselben müssen 1) von den Parteien und 2) im Prozesse selbst getroffen werden. Die Germania und der Versicherte Hänni standen aber am 13. Mai sich nicht als Parteien im Sinne des Prozesses gegenüber, noch bestund zwischen ihnen überhaupt ein Prozeß.

Es ergibt sich demnach, daß in § 16 eine prozessualische Frist weder vereinbart wurde noch vereinbart werden konnte.

Vielmehr schlossen die Parteien einen Vertrag, in welchem sie übereinkamen, die Existenz des Anspruches an die Bedingung der Klagerhebung binnen drei Monaten, vom Tage der Zahlungsweigerung datirend, zu knüpfen und zwar unter Folge der Präklusion des Anspruchs. Diese Bedingung ist nun zugestandenermaßen eingetreten und damit der Anspruch erloschen.

Eine Wiedereinsetzung dagegen, namentlich eine sich auf § 96 P. stützende Wiedereinsetzung erscheint daher aus den oben angeführten Gründen ausgeschlossen. Die Frage, ob einer der in § 96 angeführten Wiedereinsetzungsgründe vorhanden wäre, fällt daher als bedeutungslos weg.

Oberinstanzlich wurde dagegen dem Restitutionsbegehren unter Suspension der Kosten zur Hauptsache entsprochen.

Motive:

Daß die für den Fall der Zahlungsweigerung Seitens der Germania kontraktlich festgesetzte dreimonatliche Verjährungsfrist, sowohl in Rücksicht auf die Bedingungen ihrer Entstehung, als wegen der relativ kurzen Dauer derselben alle Analogie mit der in § 323 ff. P. aufzustellenden, durch richterliches Dekret zu erwirkenden Provokationsfrist hat;

daß nämlich als Bedingung ihres Eintrittes, durchaus ähnlich wie bei den in § 323 P. aufgezählten Voraussetzungen der Provokation, wie bereits gesagt, eine Zahlungsweigerung aufgestellt wird; daß der Zahlungsweigerung nach dem natür-

Digitized by Google

lichen Laufe der Dinge die Bedrohung mit einem, an sich klagbaren, Anspruche vorausgehen wird; und daß endlich das wesentliche Interesse an der sofortigen Anbringung der Klage durch Aufnahme einer derartigen Klausel in den Versicherungsvertrag zum Voraus bekundet ist;

daß die dreimonatliche Frist im Gegensatze steht zu der ebenfalls kontraktlich festgesetzten zweijährigen Verjährungsfrist, welche letztere mit Rücksicht auf den Anfangstermin, — es muß actio nata sein, oder, wie sich die Police ausdrückt, der die Zahlungspflicht bedingende Zeitpunkt muß eingetreten sein — ein Analogon bildet zu der gemeinrechtlichen Klagverjährung;

daß die Vertragsparteien rechtlich nichts verhindert, wenn sie aus dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse die Möglichkeit der Bedrohung mit einem vermeintlich ungerechtfertigten Anspruche voraussetzen können, für diesen Fall auch zum Voraus eine Provokationsfrist kontraktlich zu bestimmen;

daß dann aber auch die nämlichen Rechtsgrundsätze auf die zum Voraus bestimmte kürzere Klagfrist Anwendung finden müssen, wie auf die richterlich festgesetzte Provokationsfrist, und die Parteien mit dieser Theorie wenigstens nach einer Richtung hin einverstanden sind, indem sie an den Ablauf der dreimonatlichen Frist die Erlöschung des Anspruches knüpften, ohne Rücksicht darauf, ob auch die zweijährige Verjährung eingetreten sei oder nicht;

daß die bernische Gerichtspraxis gegen Säumniß in Benützung der Provokationsfrist unter den Voraussetzungen des § 96 P. das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gestattet (vide u. A. Zeitschrift für vaterl. Recht N. F. II., 124).

In den folgenden Motiven wird konstatirt, daß in den prozedürlichen Verumständungen ein erhebliches Hinderniß zu finden sei, welches den bestellten Anwalt abgehalten habe, die Klage binnen der bestimmten Frist abzufassen und der Gegenpartei mitzutheilen, somit die Anwendung der §§ 96, 2 und 100 P. gerechtfertigt sei.

Anmerkung. Die erwähnte Policebedingung, daß der Anspruch aus der Versicherung binnen einer bestimmten Zeit erhoben und im Falle der Nichtanerkennung gerichtlich geltend gemacht werden solle, unter Folge des Verlustes, findet sich in den meisten Policen sowohl bei Feuer- als bei Lebensversicherung. In Folge dessen kamen die Gerichte, namentlich die preußischen, schon wiederholt in die Lage, sich über die rechtliche Natur, Be-

Digitized by Google

deutung und Tragweite dieser Bestimmung auszusprechen, und auch das Oberhandelsgericht von Leipzig hat die daherigen Streitfragen in einer Reihe von Fällen behandelt und gleichmäßig entschieden, so daß für künftige Entscheidungen eine feste Grundlage gewonnen ist.

Vielfach wurde angenommen, es werde durch die erwähnte Bestimmung eine kurze Verjährungsfrist stipulirt, und dieser Ansicht huldigen noch die Herausgeber der neuesten Ausgabe des Koch'schen Commentars zum Preußischen Allg. Landrecht ad § 565, Thl. I, Tit. 9. Eine andere Ansicht, welche namentlich durch die preußische Rechtsprechung unterstützt wird, verwirft die Annahme einer Verjährung und behandelt die Bestimmung als eine Bedingung und zwar als eine Resolutivbedingung. Hiegegen sprechen sich von preußischen Schriftstellern namentlich aus die neuesten Commentatoren des Pr. Landrechts zu § 100, Thl. I, Tit. 4, und Keyßer in Grüchots Beiträgen XII, 566. Andere endlich nehmen weder eine Verjährung noch eine Bedingung, sondern eine Befristung an, und diese Auffassung liegt den Entscheidungen des Oberhandelsgerichts zu Grunde und wird von preußischen Schriftstellern namentlich vertreten von Heydemann, Einleitung in das System des Preußischen Civilrechts II, S. 93 fl.; Förster, Theorie und Praxis I, 215. 306, Note 101; Dernburg, Preußisches Privatrecht I, § 165, S. 333.

Der Anschauung dagegen, welche in dem Urtheile des Appellations- und Kassationshofes Ausdruck gefunden hat, begegnen wir sonst nirgends, und es kann dieselbe in Wirklichkeit auch nicht als begründet angesehen werden. Das Gericht stützte sich auf ein Rechtsgutachten, welches von einer Anzahl Berner Juristen unterzeichnet war und den Gedanken auszuführen versuchte, daß zwischen Parteien vertragsgemäß *eine Provocationsfrist* vereinbart worden sei, somit eine Frist zur rechtlichen Einklagung eines Anspruches. Dabei wurde übersehen, daß nicht nur die *rechtliche Einklagung* des Anspruches binnen einer bestimmten Frist geschehen muß, sondern die Anmeldung und Geltendmachung desselben *überhaupt*. Nun erleidet aber der rechtliche Charakter der fraglichen Policeclausel keine Veränderung durch die Art der Geltendmachung des Anspruches, und da bei einer außergerichtlichen Geltendmachung eines Anspruches aus dem Versicherungsvertrag vernünftigerweise von einer Provocationsfrist nicht gesprochen werden kann, so kann überhaupt nicht angenommen werden, es sei eine solche contractlich vereinbart worden. Ferner finden sich diese und ähnliche Clauseln in den Policen der meisten Assecuranzgesellschaften, und es sind daher die daherigen Formulare

Digitized by Google

auf die verschiedenartigsten Rechtsgebiete berechnet. Nun ist aber die Aufforderung zur Klage keineswegs allgemein anerkannt und wo sie es ist, vielfach an andere Voraussetzungen geknüpft, so daß von einer einheitlichen Gestaltung des Institutes oder einer Gestaltung desselben nach allgemein anerkannten Grundsätzen nicht die Rede ist. Ein solches Institut aber können die Versicherungsgesellschaften mit großen Wirkungskreisen nicht in Berücksichtigung ziehen, und die Annahme, daß die Geranten der Germania bei Abfassung ihrer Versicherungsverträge die bernische Gesetzgebung und ihre Provocationsfrist im Auge gehabt haben, ist zu grotesk, um ernsthaft zu sein. Die Auffassung des Gutachtens müßte consequenter Weise dahin führen, die zur Geltendmachung einer nicht bestrittenen Forderung bestimmte Frist dem Gebiete des Civilrechtes, diejenige dagegen, welche contractlich für die Einklagung einer bestrittenen fixirt wird, demjenigen des Proceßrechtes zuzuweisen. Diese Unterscheidung aber kann nicht im Sinne des Gerichtshofes gelegen haben.

Sehen wir daher von derselben ab, so bleibt zur Beurtheilung übrig eine Frist, binnen welcher ein Recht ausgeübt werden muß und nach Ablauf welcher es nicht mehr ausgeübt werden kann und welche, da sie nicht dem Gebiete des Proceßrechtes angehört, nothwendig demjenigen des Civilrechtes zugewiesen werden muß. Solche Befugnisse, deren Geltendmachung an eine bestimmte Frist gebunden ist, kennt auch unsere Gesetzbuch mehrere. Das Recht, ein Testament anzugreifen, muß binnen Jahresfrist geltend gemacht werden; es muß materiell ausgeübt werden, widrigenfalls es erlischt; die Absicht, das Zugrecht auszuüben, muß binnen drei resp. sechs Monaten angekündigt werden, das Wiederlosungsrecht ist, bei Abwesenheit anderer Abreden, binnen Jahresfrist geltend zu machen, die exceptio non numeratæ pecuniæ wird nach Ablauf eines Jahres wirkungslos, das Recht, wegen Ehebruchs des einen Ehegatten auf Ehescheidung zu klagen, ist nach S. 135 C. auf die Frist von drei Monaten beschränkt; bei amtlichen Güterverzeichnissen und gerichtlichen Liquidationen muß das Recht binnen einer gesetzlichen Frist geltend gemacht werden, nachher ist die Ausübung nicht mehr möglich. In allen diesen Fällen wird nicht, wie bei der Verjährung, ein bestehender factischer Zustand um deswillen, weil er eine gewisse Zeit bestanden hat, auch als zu Recht beständig anerkannt, indem entweder ein Recht in Folge längerer thatsächlicher Ausübung erworben oder ein solches in Folge längerer Nichtausübung verloren wird, sondern es muß eine Handlung oder Begebenheit, um rechtliche Folgen zu erzeugen,

Digitized by Google

innerhalb einer festgesetzten Frist erfolgen (Heydemann l. c., S. 97). Darin liegt der Unterschied zwischen Fristbestimmungen im Allgemeinen und der Verjährung. Dernburg unterscheidet ebenfalls mit Berufung auf Heydemann, Verjährung und Befristung folgendermaßen: Im Falle einer Verjährung handelt es sich um ein Recht, welches, an sich von unbegrenzter Dauer, wegen Nichtgebrauch nachträglich einer Vernichtung unterliegt. Hievon unterscheiden sich wesentlich diejenigen Fälle, welche im preußischen Rechte besonders häufig sind, in denen eine Befugniß von vornherein schon mit dem Augenblick der Entstehung an die Ausübung innerhalb einer gesetzlich oder auch vertragsmäßig bestimmten Frist gebunden ist (S. 333). Daß es im einzelnen Falle oft nicht leicht ist, zu unterscheiden, ob das Gesetz oder die Parteien die Befristung eines Anspruchs gewollt haben oder ob eine Verjährungsbestimmung beabsichtigt worden sei, unterliegt keinem Zweifel und zeigt sich auch in einer etwas unsicheren Rechtsprechung. Allein principiell hat sich der Appellations- und Cassationshof wiederholt schon in dem Sinne ausgesprochen, daß die Wiedereinsetzung gestützt auf § 96 P. nur zulässig sei wegen Versäumniß processualischer Fristen, nicht aber bei Unterlassungen, welche den Verlust des Rechtes zur Folge haben (IX, 195; X, 259; XIII, 197). Um den Verlust des Rechtes aber handelt es sich in den Fällen der Befristung, weil die Handlung mit rechtlicher Wirkung nur innerhalb der Frist vorgenommen werden kann, später nicht mehr. Von diesem Standpunkt aus wird denn auch die Clausel in den Policen, daß binnen einer bestimmten Frist der Anspruch aus dem Versicherungsvertrage gütlich oder rechtlich erhoben werden müsse, von den deutschen Gerichtshöfen beurtheilt. Statt vieler begnügen wir uns mit Anführung eines Erkenntnisses des obersten Gerichtshofes für Bayern vom 10. Juli 1875 aus Seufferts Archiv N. F. I, S. 242: „Ein mit einer Feuerversicherungsgesellschaft abgeschlossener Vertrag enthielt die Clausel: „Daß alle nicht binnen 6 Monaten nach dem Brande anerkannten oder mittelst vollständiger Klage vor Gericht gebrachten Ansprüche des Versicherten erloschen seien." Diese Clausel ist nicht als eine vertragsmäßige Abkürzung der gesetzlichen Klagsverjährungsfrist, sondern als eine vertragsmäßige Beschränkung des vom Versicherten durch den Vertrag erworbenen Rechts selbst aufzufassen und sind deßhalb die Rechtsgrundsätze über die Klagverjährung nicht ohne Weiteres hierbei in Anwendung zu bringen; es muß untersucht werden, ob und wie weit dem Versicherten durch unverschuldete Umstände die Geltendmachung seiner Ansprüche innerhalb der

Digitized by Google

Frist unmöglich gemacht oder erschwert worden ist." Ferner Bd. 29, Nr. 272.

Die Policebestimmung ist eine sehr natürliche und, wie sich aus ihrem regelmäßigen Vorkommen ergibt, auch eine im Wesen des Versicherungsvertrages liegende. Die Gesellschaften wollen sich schützen gegen Verschleppung der Schadensliquidation und der damit verbundenen Verdunkelung des Thatbestandes. Je mehr eine solche Liquidation hinausgeschoben wird, desto schwierger wird es der Gesellschaft, den Thatbestand genau zu constatiren und sich gegen unbegründete und vertragswidrige Ansprüche zu schützen. Es hat, wie ein oberstrichterliches Urtheil ausführt, sowohl der Versicherer als der Versicherte ein Interesse daran, daß zu einer Zeit, wo wegen des Naheliegens des beschädigenden Ereignisses die Beweismittel bezüglich des vom Versicherten erlittenen Schadens sich leichter beschaffen lassen, die erforderlichen Schritte zur Festsetzung der Entschädigungssumme gethan werden. Insofern erscheint daher die in jenem Artikel dem Versicherten auferlegte Verpflichtung als ein Ausfluß der allgemeinen Sorgfalt, zu welcher der Versicherte nach dem Versicherungsvertrage gegenüber dem Versicherer verpflichtet ist (Seufferts Archiv, Bd. 28, S. 280).

Damit übereinstimmend ist auch eine Erwägung des Brüsseler Gerichtshofes in Pouget, Journal 1868, pag. 133, citirt von Malß, Zeitschrift für Handelsrecht 13. 478.

« Attendu que la déchéance a été stipulée à titre de pénalité contractuelle; que ce pacte ne présente rien d'illicite, que les principes en matière de prescription sont étrangers à une convention qui n'avait pour but que de faire constater et liquider le sinistre dans un temps voisin de l'incendie; que c'est dans le sens le plus absolu que les parties ont voulu que cet intérêt fût toujours garanti et que ce serait soumettre l'exécution d'une police d'assurance à des éventualités sans terme que d'admettre les tempéraments réclamés pour l'appelant; qu'au surplus ni l'incarcération ni la faillite de l'appelant ne l'empêchaient d'interrompre la déchéance. »

Allein wenn auch einerseits ziemlich allgemeine Uebereinstimmung darüber herrscht, daß in der Police keine Verjährung stipulirt ist, ebensowenig eine Provokationsfrist, und die daherigen Bestimmungen auch nicht als Bedingungen aufzufassen sind, sondern als Befristungen, so ist doch andererseits die neuere Rechtsprechung auch einstimmig darüber, daß das Recht, seinen Anspruch aus dem Versicherungsvertrage geltend zu machen, nicht schon deßhalb erlischt, weil es nicht binnen der bestimmten

Digitized by Google

Frist geltend gemacht worden ist, sondern nur dann, wenn die Nichteinhaltung der Frist dem Versicherten zur Schuld anzurechnen ist, und es hat daher der letztere der Gesellschaft gegenüber den Mangel eines Verschuldens zu beweisen (Seufferts Archiv 28, S. 280 und N. F. I, S. 242.

In diesem Sinne hat das Oberhandelsgericht wiederholt seine Entscheidungen gefaßt und Anklänge an seine Motive finden wir in den Urtheilen verschiedener deutscher Gerichtshöfe wieder. Da die ersterwähnten Entscheidungen sich auf verschiedenartige Versicherungsbedingungen beziehen, so mögen einige ausführliche Mittheilungen gerechtfertigt sein.

In Sachen Resch c. Allg. Eisenbahnversicherungsgesellschaft hatte die Wittwe des Verstorbenen die Todesanzeige nicht innerhalb der dafür bestimmten Frist gemacht, weßhalb die Gesellschaft, gestützt auf § 10, Abs. 7 der Allg. Versicherungsbedingungen, lautend:

„Erfolgt die Todesanzeige nicht innerhalb der dafür bestimmten Frist, ohne daß der Nachweis einer unverschuldeten Behinderung beigebracht wird, so ist jede vertragliche Verpflichtung der Gesellschaft ohne Weiteres erloschen".

die Ausbezahlung der Versicherungssumme verweigerte. Das Oberhandelsgericht erachtete die Weigerung nicht für begründet und führte in seinen Erwägungen aus:

Was sodann die rechtliche Natur der in Frage stehenden Clausel anlangt, so erscheint zwar die ungesäumte Anzeige von dem Tode des Versicherten als eine durch die Gesetze, soweit sie allgemeine Principien für alle Arten der Versicherung aufstellen, sowie durch die sog. „Versicherungsbedingungen" regelmäßig den Forderungsberechtigten auferlegte Pflicht; doch fließt dieselbe nicht, wie etwa die „Anzeigepflicht" bei Abschluß des Vertrages, aus dem Wesen des Versicherungsgeschäfts, sondern ist durch positive Rechts- oder Vertragsvorschrift den Forderungsberechtigten im ausschließlichen Interesse des Versicherers auferlegt, und die Verabsäumung dieser Pflicht vermag an sich keineswegs den Verlust aller Ansprüche aus dem Versicherungsvertrage, sondern nur die Verbindlichkeit zum Ersatz des durch die Nichtanzeige erweislich erwachsenen Schadens nach sich zu ziehen.

Wird nun in der Police oder in den „Versicherungsbedingungen" die ungesäumte Anzeige von dem Tode des Versicherten bei Verlust aller Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag vorgeschrieben, so liegt hierin eine sehr nachdrückliche Einschränkung dieser contractlichen Verpflichtung und zwar im Zweifel im Sinne einer resolutiv bedingten lex commissoria für den Fall ver-

Digitized by Google

schuldeter Säumniß in der Anzeige. Es ist im Zweifel weder anzunehmen, daß die Entstehung des Forderungsrechts an die Thatsache der Anzeige geknüpft sei (Suspensivbedingung), noch auch nur, daß an die nackte Thatsache der Nichtanzeige der Verlust des Forderungsrechts geknüpft sei, somit die Verwirkung ohne alle Rücksicht auf Schuld oder Nichtschuld der Gläubiger eintreten solle. Vergl. Malß in der Zeitschr. für das ges. Handelsrecht XIII, 54 und 447 fl.

Denn, wenn gleich die Verpflichtung zur ungesäumten Anzeige unter den „Versicherungsbedingungen" aufgeführt zu werden pflegt, auch wohl besonders als „Bedingung" bezeichnet wird, so ist darunter doch im Zweifel nur „Bedingung" im dem allgemeinen Sinne von „Bedingniß", lex contractus, conditio im weitern Sinne zu verstehen, und es unterliegt diese Annahme um so weniger einem Bedenken, wenn, wie im vorliegenden Falle, einmal an die Nichtanzeige das „Erlöschen" der Vertragsverpflichtung der Gesellschaft geknüpft wird, andererseits ausdrücklich der Nachweis „unverschuldeter Behinderung" offen gelassen ist. Entscheidungen des O. H. G. I, 112 fl.

In einem anderen Falle Bernstein gegen Lebens- und Feuerversicherungsgesellschaft Royal hatte der Brandbeschädigte es unterlassen, den Brandfall binnen 24 Stunden anzuzeigen, sich binnen 3 Tagen vor der Polizeibehörde einvernehmen zu lassen und binnen 14 Tagen eine beglaubigte Abschrift der polizeilichen Verhandlungen einzureichen, weßhalb die Versicherungsgesellschaft den Rechtsverlust behauptete. Der Appellationsrichter verwarf die Einwendung, weil ein Verschulden des Beschädigten nicht vorliege, und das O. H. G. verwarf die gegen diesen Entscheid ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde aus folgenden Gründen:

Der Angriff der Implorantin anerkennt, daß der Appellationsrichter sich durchaus auf dem Gebiete der ihm obliegenden und durch den behaupteten, an sich klaren Inhalt des § 12 der Policebedingungen keineswegs entbehrlich gewordenen Vertragsauslegung bewegt, indem er den Sinn der §§ 7 und 12 der Policebedingungen dahin feststellt, daß nicht schon die nackte Thatsache der Nichterfüllung der dem Versicherten daselbst auferlegten Verbindlichkeiten den daselbst angedrohten Rechtsverlust nach sich ziehen solle, eine Auslegung, welche im vorliegenden Falle überdieß durch den Wortlaut des § 12 „eine der dem Versicherten obliegenden Pflichten verletzt oder nicht vollständig erfüllt", sowie durch den Schlußsatz des § 7 — „im Falle erwiesener physischer Unmöglichkeit" — in hohem Maaße unterstützt wird. Wenn der Appellationsrichter diese Auslegung über-

Digitized by Google

dem auch auf das aus § 2024, Tit. 8, Theil II, Allg. Landrecht entnommene leitende Prinzip des Versicherungsvertrages, sowie auf die aus § 267, Tit. 5, Theil I, Allg. Landrecht und aus Art. 278 des deutschen H. G. B. erhellenden Auslegungsregeln der Verträge und der Handelsgeschäfte insbesondere stützt, so kann er diese Vorschriften durch unpassende Anwendung um so weniger verletzt haben, als in der That eine rigoristische und lediglich den Wortlaut beachtende Interpretation der sog. Policebedingungen dem Zwecke des Versicherungsinstituts, wie dem vernünftigen Willen redlicher Paciscenten gleichmäßig widerstreiten würde. Vergl. Malß l. c. Entscheidungen Bd. II, S. 183 und 184.

In Sachen der berlinischen Feuerversicherungs-Anstalt gegen Heyer hatte der Brandbeschädigte seinen Anspruch nicht binnen der vereinbarten Frist erhoben, weßhalb die Gesellschaft, gestützt auf § 13 der gedruckten Versicherungsbedingungen, lautend:

„Alle nicht innerhalb sechs Monaten nach dem Brande entweder rechtsgültig von der Anstalt anerkannten oder durch Anstellung der Klage vor den zuständigen Richter gebrachten Ansprüche auf Entschädigung sind erloschen."

die Auszahlung der Versicherungssumme verweigerte. Das Appellationsgericht verwarf die Einrede und die deßhalb eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde wurde vom O. H. G. zurückgewiesen, aus folgenden Gründen:

Der erste Angriff der Nichtigkeitsbeschwerde ist gegen die Ausführung des Appellationsrichters gerichtet, daß die im § 13 der Versicherungsbedingungen zur Einklagung von Entschädigungs-Ansprüchen bestimmte Präclusiv-Frist von sechs Monaten während des Zeitraumes vom 10. April 1869 deßhalb nicht habe laufen können, weil Kläger in Folge einer wegen Brandstiftung und Ueberversicherung gegen ihn eingeleiteten Untersuchung am 10. April verhaftet und erst nach erfolgter Freisprechung durch das betreffende Schwurgericht am 10. September aus der Haft entlassen worden sei. Es ist bereits in früheren Entscheidungen dieses Gerichtshofes (Bd. I, 112, II, 183, 184) ausgeführt worden, daß eine rigoristische, lediglich den Wortlaut beachtende Interpretation der fraglichen Versicherungsbedingungen dem Zwecke des in besonders hohem Maße auf Treue und Redlichkeit der Betheiligten beruhenden Versicherungsinstituts, wie dem vernünftigen Willen redlicher Paciscenten gleichmäßig widerstreiten würde. Aus der nackten Thatsache allein, daß Kläger nicht dem § 13 cit. gemäß innerhalb sechs Monaten nach dem am 14. März 1869 stattgehabten Brande Klage auf Zahlung der Brandentschädigung erhoben hat, läßt sich in keinem Falle unbedingt

Digitized by Google

und ohne Weiteres die Ausschließung des Klägers mit seinem Anspruche auf Entschädigung folgern. Vielmehr entspricht der präsumtiven Intention der Paciscenten, der Billigkeit und der bona fides die Annahme, daß nur eine verschuldete Versäumung der stipulirten Frist den Rechtsverlust zur Folge haben soll, daß also in jedem einzelnen Falle zu untersuchen ist, ob und inwieweit dem Versicherten durch unverschuldete Umstände die Geltendmachung seiner Ansprüche innerhalb der Frist unmöglich gemacht oder erschwert worden ist."

Endlich theilen wir noch die Entscheidung mit in Sachen J. gegen Oldenburger Versicherungsgesellschaft, weil die uns beschäftigende Frage in den Motiven gründlich erörtert worden ist.

„Den vorigen Richtern ist unbedenklich darin beizupflichten, daß der vom Kläger erhobene Entschädigungsanspruch in Gemäßheit des § 15 der allgemeinen Policebedingungen, welche unbestritten für den hier vorliegenden Versicherungsvertrag maßgebend sind, erloschen ist. Denn obwohl eine rigoristische Auslegung dieser Bestimmung, nach welcher alle nicht innerhalb sechs Kalendermonaten nach dem Brande entweder rechtsgültig von der Gesellschaft anerkannten oder mittelst vollständiger Klage vor das ordentliche Gericht gebrachten Ansprüche auf Entschädigung erloschen sind, dem Zwecke des Versicherungsinstituts und dem vernünftigen Willen der Kontrahenten nach nicht gerechtfertigt sein würde und vielmehr davon auszugehen ist, daß eine unverschuldete Versäumung der stipulirten Frist die Verwirkung des Anspruches des Versicherten nicht nach sich ziehen soll, daher in jedem einzelnen Falle untersucht werden muß, ob eine verschuldete Versäumung vorliege — so hat der Kläger sich im vorliegenden Falle unzweifelhaft einer groben Säumniß schuldig gemacht. —

Die Ansicht des Klägers, daß die bloße Anbringung einer, sei es auch a limine zurückgewiesenen Klage das Erlöschen seines Entschädigungsanspruches bis zum Ablaufe der gewöhnlichen Verjährungsfrist ein für alle Mal verhindere, bedarf kaum einer ernstlichen Widerlegung. In dem § 15 der Policebedingungen, sowie in ähnlichen Bestimmungen anderer Feuerversicherungsgesellschaften, nach welchen alle nicht innerhalb einer bestimmten Frist klagend geltend gemachten Entschädigungsansprüche erloschen sein sollen, ist eine vertragsmäßige Abkürzung der gesetzlichen Frist für die Klagverjährung überhaupt nicht zu finden. Es ist darin vielmehr eine vertragsmäßige Beschränkung des Rechtes selbst, welches der Versicherte durch den Versicherungsvertrag erwirbt, in zeitlicher Hinsicht zu erblicken, deren Grund in dem

Digitized by Google

Interesse der Gesellschaften: sobald als möglich Gewißheit darüber, daß aus früherer Zeit keine Ansprüche mehr gegen sie erhoben werden können, zu erhalten, insbesondere aber in der gerade bei solchen Schadensansprüchen mit dem Ablaufe einer längeren Zeit unverhältnißmäßig zunehmenden Schwierigkeit der Formulirung und resp. Prüfung der Schadensliquidation, insbesondere der Vertheidigung und Beweisführung des Versicherers leicht erkennbar ist."

„Solche und ähnliche Gründe sind zwar auch bei der Einführung der gesetzlichen Klagverjährung maßgebend gewesen. Dieser Umstand allein berechtigt aber noch nicht zu der Annahme, daß jener Bestimmung der Policebedingungen die Absicht zum Grunde liege, zwar die gesetzliche Verjährungsfrist auszuschließen, die übrigen für die gesetzliche Klagverjährung geltenden Rechtsgrundsätze aber, z. B. diejenigen über die Voraussetzungen des Eintritts derselben, über ihre Unterbrechung, ihr Ruhen und ihre Wirkungen ohne Weiteres zur Anwendung zu bringen. Letzteres ist um so weniger zu vermuthen, als die Geschäftsthätigkeit der Feuerversicherungsgesellschaften sich auf verschiedene Rechtsgebiete zu erstrecken pflegt, in welchen in dieser Beziehung nicht überall dieselben Grundsätze gelten. Es liegt vielmehr, zumal der § 15 der Bedingungen nicht von einer Verjährung, sondern von einem Erlöschen der Ansprüche des Versicherten spricht und unter der gemeinsamen Ueberschrift „Präjudiz" mit dem § 16, welcher den Verlust der Entschädigungsansprüche wegen Verletzung der dem Versicherten gegen die Gesellschaft obliegenden Pflichten zum Gegenstande hat, zusammengefaßt ist, weit näher, daß die Erhaltung der Entschädigungsansprüche des Versicherten, welche in dem § 16 der Bedingungen von der Beobachtung der dem Versicherten gegen die Gesellschaft geschuldeten anderweitigen, auf Treue und Glauben beruhenden, kontraktlichen Verpflichtungen abhängig gemacht ist, durch die Bestimmung des § 15 auch an die weitere vertragsmäßige Verpflichtung hat geknüpft werden sollen, diese Entschädigungsansprüche — in Ermangelung einer Anerkennung derselben durch die Gesellschaft — in deren Interesse, sowie im eigenen Interesse des redlichen Versicherten binnen einer bestimmten kurzen Frist gerichtlich zum Austrage zu bringen. Diese Verpflichtung des Versicherten ist aber nicht nach den Grundsätzen über Klagenverjährung, sondern einfach nach dem Vertragsrechte und nach dem vernünftigen Willen, welchen die Kontrahenten bei Eingehung des Versicherungsvertrages mit einer solchen Bestimmung haben verbinden können, zu beurtheilen." VIII, 408.

Digitized by Google

Ueberdieß verweisen wir noch auf Goldschmidt's Zeitschrift für das Gesammte Handelsrecht XIII, S. 45 fl. und 418 fl., und Malß, Zeitschrift für Versicherungswesen, Bd. II, S. 337 fl.

In dem oben mitgetheilten Falle der Germania würde das O. H. G. unzweifelhaft anders geurtheilt haben als der Appellations- und Kassationshof. Von einer konvenirten Provokationsfrist hätte nicht die Rede sein können, aber auch nicht von einer Restitution gestützt auf § 96 P. Vielmehr war gar kein Wiedereinsetzungsbegehren zu stellen. Die Erbschaft Hänni hatte ihre Forderung, gestützt auf die Police, geltend zu machen und auf die gegnerische Einrede der Verwirkung in der Replik den Beweis anzutreten, daß die Säumniß nicht einem Verschulden der Klägerin zugeschrieben werden könne. Das Gericht hatte alsdann materiell zu prüfen, ob die Klägerin sich eine unentschuldbare Säumniß habe zu Schulden kommen lassen oder nicht. Im ersteren Falle war das Begehren der Klägerin abzuweisen, im letzteren dagegen, ohne Wiedereinsetzung, zuzusprechen. Da diese Frage früher nicht zur Beurtheilung vor unsere Gerichte gelangt ist, so glaubte die Redaktion den Gerichten und Anwälten einen Dienst zu erweisen durch Hinweisung auf die deutsche Rechtssprechung, welche die Bedeutung und die Tragweite dieser Versicherungsklauseln in maßgebender Weise festgestellt hat. K.

40) Das wechselrechtliche Vollziehungsverfahren ist nicht gegen den einzelnen Gesellschafter zu richten, sondern gegen die Firma, welche den Wechsel ausgestellt hat. Kassation des Verfahrens wegen fehlender Voraussetzung. Gestützt auf eine im Auslande ausgestellte Verpflichtung, welche sich äußerlich nicht „als Wechsel" darstellt, kann nur dann im Kanton Bern die wechselrechtliche Vollziehung verlangt werden, wenn nachgewiesen wird, daß ihr nach den Gesetzen des Ortes der Ausstellung die Eigenschaft eines Wechsels zukommt.

Ch. L. Perrin gegen Henry Perrin.*)
(23. August.)

Motive:

Daß der für eine Summe von Fr. 3513 in Payerne ausgestellten Schuldschrift der Firma Henry Perrin & Cie. an die

*) Siehe S. 274 und 277 hievor.

Digitized by Google

Ordre des Charles Louis Perrin im Context die Bezeichnung „als Wechsel" fehlt (§ 88, Ziffer 2, W. O.);

daß der Kanton Waadt dem Konkordate zur Einführung der schweizerischen Wechselordnung nicht beigetreten ist, und daß nach § 94 derselben die wesentlichen Erfordernisse eines in einem nicht konkordirenden Kantone ausgestellten Wechsels, sowie jeder andern Wechselerklärung nach den Gesetzen des Ortes beurtheilt werden sollen, wo der verpflichtende Akt erfolgt ist;

daß nun Charles Louis Perrin in seinem mündlichen Vortrage sich darauf beruft, daß die fragliche Schrift auch ohne die Bezeichnung „als Wechsel" nach waadtländischem Gesetz die Eigenschaft eines „Billet à ordre" habe;

daß er aber diese Behauptung schon während der Prozeßinstruktion am geeigneten Orte hätte aufstellen und den Nachweis darüber anbringen sollen, indem der bernische Richter nicht verpflichtet ist, fremdes Recht von Amteswegen zu kennen und noch viel weniger solches anzuwenden, wenn dieses nicht auf gehörige Weise anbegehrt wird;

daß somit die wechselrechtliche Vollziehung gegen Henry Perrin schon deßhalb nicht zulässig ist, weil derselben die rechtliche Grundlage, d. h. ein förmlicher Wechsel fehlt und der Kläger auch auf dem eingeschlagenen Wege seine Einwendungen anzubringen berechtigt ist, wenn das in § 450 V. V. vorgesehene Verfahren beobachtet wurde, was geschehen ist;

daß, auch abgesehen hievon, Charles Louis Perrin seinen wechselrechtlichen Anspruch gegen die Firma Henry Perrin & Cie. in Aarberg, da wo die Gesellschaft ihren Sitz hatte, wo der Gesellschaftsvertrag in das öffentliche Buch eingetragen worden, zufolge welchem jeder Socius die Unterschrift der Gesellschaft besaß und nicht gegen den in Biel wohnenden Socius Henry Perrin zu erheben hatte, indem aus der civilrechtlichen solidarischen Haftbarkeit der Socii nicht eo ipso auch die wechselrechtliche gefolgert werden darf;

daß nun allerdings diese Firma sich aufgelöst hat, daß aber nach den eigenen Angaben des Charles Louis Perrin in Art. 53 seiner Vorkehr ein Theil des Firmavermögens fürgestellt wurde, welches zur Bezahlung der Fr. 3513 mehr als genügen würde;

daß Charles Louis Perrin in seiner Appellationserklärung schließlich selbst zugibt, daß er sich zunächst an die Firma Henry Perrin & Cie. halten wolle;

daß somit unter allen Umständen die gesetzlichen Bedingungen der Vollziehung fehlen (§ 449, Ziffer 2, Litt. a V. V.).

Digitized by Google

41) Betreibung gegen einen auswärtswohnenden Schuldner. Die Bestimmung, daß der Schuldner für persönliche Forderungen an seinem Wohnorte belangt werden müsse, ist keine allgemeine gültige, sondern eine positiv-rechtliche.

Beschwerdeurtheil in Sachen Bloch gegen Richteramt Bern.

(23. Februar 1878.)

S. Levysohn, Kaufmann in Berlin, stellte den 14. April 1877 dem Bernhard Bloch eine Schuldverpflichtung aus über Fr. 3850 und versetzte dafür faustpfändlich eine Anzahl Pretiosen. Durch Zahlungsaufforderung vom 8. Juni 1877 ließ der Gläubiger durch Unterweibel Wenger die Betreibung anheben; letzterer konnte jedoch den Schuldner nicht auffinden und stellte daher folgendes Zeugniß aus: „Der Aufenthalt des Schuldners L. ist unbekannt; sein letzter muß nach der Schuldverpflichtung mit Faustpfandverschreibung vom 14. April 1877 Bern gewesen sein und seine Habe, welche er dannzumal besessen zu haben scheint, befindet sich bei dem Faustpfandgläubiger Herrn Bloch. Es ist mir daher nicht möglich, diese Zahlungsaufforderung an L. zu verrichten und diese wird daher nach § 413 V.-V. durch das Amtsblatt zu veröffentlichen und an den üblichen Orten anzuschlagen sein." Hierauf ließ Bloch die Zahlungsaufforderung in's Amtsblatt einrücken und an den gewohnten Orten anschlagen. Die nach Ablauf der Frist verlangte Vollziehungsbewilligung wurde jedoch vom Gerichtspräsidenten von Bern verweigert, weil die Voraussetzungen des § 413 V.-V. nicht bescheinigt seien. Hiegegen notificirte Bloch dem Gerichtspräsidenten die Beschwerdeführung und brachte zu Begründung derselben namentlich an: Die Schuldverpflichtung vom 14. April 1877 sei in Bern ausgestellt und es seien ihm die Faustpfänder auch in Bern übergeben worden. Der Schuldner habe sich also zur Zeit der Ausstellung dieses Aktes und der Uebergabe der Faustpfänder in Bern befunden. Nach dem Zeugnisse des Unterweibel Wenger habe derselbe aber unterm 26. Juni in Bern nicht mehr aufgefunden werden können. Es sei nun unter obwaltenden Umständen constatirt, daß der Schuldner dermal keinen Aufenthalt in Bern habe und daß dessen Aufenthalt unbekannt sei. Deßhalb sei eine Betreibung auf dem Ediktalwege nach § 413 V.-V. zulässig. Ferner habe der Schuldner einen werthvollen Theil seiner Habe in Handen des Gläubigers in Bern zurückgelassen, also befinde sich dessen Habe in Bern und der Gerichtsstand für Betreibung sei nach

Digitized by Google

§ 413 V.-V. derjenige von Bern. Der Gerichtspräsident von Bern scheine von der Ansicht auszugehen, das Gesetz verstehe unter Habe nicht bloß einzelne Vermögensbestandtheile des Schuldners, sondern dessen ganzen Vermögensbestand oder wenigstens die wichtigsten Theile desselben. Diese Ansicht sei aber unrichtig. So wie der Gerichtspräsident das Gesetz interpretire, käme die angerufene Gesetzesbestimmung wohl nie zur Anwendung. Mache sich ein Schuldner aus dem Staube und lasse sein ganzes Vermögen zurück, so wäre nach Art. 553 V.-V. eher eine Geltstagsliquidation gerechtfertigt, als ein Betreibungsverfahren. Einen Weg müsse es nun geben, damit der Gläubiger die ihm eingesetzten Faustpfänder realisiren könne und dieser Weg sei der in Art. 413 V.-V. vorgezeichnete,

In seiner Antwort bemerkte der Gerichtspräsident: die rechtlichen Ausführungen des Beschwerdeführers vermögen seine Ansicht in keiner Weise abzuändern, übrigens gehe die Beschwerde über die Frage, ob L. unbekannten Aufenthalts sei, stillschweigend hinweg, während er auf dieselbe das Hauptgewicht lege und sie verneinend beantworte. Ob die Pretiosen des L. als seine Habe zu betrachten seien, komme unter diesen Umständen nicht mehr zur Erörterung. Er habe übrigens bezüglich der Interpretation des Ausdrucks Habe in § 413 V.-V. in einer frühern Beschwerdebeantwortung seine dießbezügliche Auffassung dargelegt, dahingehend, es könne wohl ein Complex von Sachen ein Ganzes, aber nicht einzelne Gegenstände eines Schuldners als seine Habe angesehen werden. Daß nicht ein ganzes Vermögen allein eine Habe bilde, habe er nie bezweifelt. Um die Bewilligung zu einer Ediktalvorkehr erlangen zu können, mußte Bloch den Nachweis leisten, daß die gesetzlichen Requisite erfüllt seien. Dieß sei im vorliegenden Falle nicht geschehen, denn aus dem Zeugnisse des Unterweibels Wenger ergebe sich nicht, daß L. unbekannten Aufenthalts sei, sondern es sei dieß eine bloße Vermuthung. Der letzte Aufenthaltsort als solcher begründe noch nicht ein zuständiges Forum für Betreibungen, sondern gemäß § 413 V.V. der letzte Wohnort, immerhin vorausgesetzt, daß der Aufenthalt des Schuldners unbekannt und daß ein Verfahren gegen ihn im Kanton Bern überhaupt zulässig sei.

Aus diesen Gründen habe er die Vollziehungsbewilligung verweigert.

Der Appellations- und Cassationshof sprach die Beschwerde zu unter Annahme folgender

Digitized by Google

Motive:

Daß, wie aus den vorgelegten Beschwerdeakten hervorgeht, der Schuldner S. L., Kaufmann aus Berlin, keinen Wohnsitz im hierseitigen (?) Kantone hat, dagegen bei dem Beschwerdeführer Bernhard Bloch verschiedene Vermögensgegenstände faustpfandweise hinterlegte;

daß zwischen der Schweiz und dem deutschen Reiche keine Vertragsbestimmungen bestehen, nach denen der Schuldner für persönliche Ansprachen vor dem Richter seines Wohnortes gesucht werden müßte, insbesondere ein solcher Grundsatz aus dem Niederlassungsvertrage vom 27. April 1876 nicht hergeleitet werden kann;

daß somit ein Betreibungsverfahren gegen L., welches die Pfändung und Vergantung der Faustpfandgegenstände zum Zwecke hat, nach Mitgabe des Art. 413 V.-V. von den hiesigen Gerichten als zulässig betrachtet werden muß;

daß die in der nämlichen Gesetzesstelle vorgeschriebene Veröffentlichung der ersten Betreibungsvorkehr durch das Amtsblatt und durch Anschlag an den üblichen Orten stattgefunden hat.

Aus der Spruchpraxis des Kantons Zürich.

(Mittheilungen von Hrn. Dr. Meili, Advokat in Zürich.)

Interpretation des eidgen. Gesetzes betr. die Haftpflicht der Eisenbahnen. — Was gehört zum Betriebe?

1. Prozeß Friedr. Walder, Maschinenputzer, c. Nordostbahn.

(Urtheil d. d. 12. Juni 1877.)

Die faktischen Verhältnisse sind kurz folgende. Am 20. April 1876 wollte sich Kläger bei Anlaß des Frühdienstes Morgens zwischen 4 und 5 Uhr mit seiner „Putzdrucke" in einen hintern Theil der Werkstätte der Nordostbahn begeben, um daselbst, wie er sagt, Material zu holen, und fiel bei dieser Gelegenheit in die „Putzgrube". Daselbst brannte nämlich kein Licht und Kläger hatte auch keines bei sich. Er erlitt einen Leistenbruch.

Gestützt auf diesen Thatbestand machte Kläger gegenüber der Nordostbahn eine Entschädigung von Fr. 2500 geltend. Die

Digitized by Google

Beklagte bestritt die Richtigkeit der der Klage zu Grunde liegenden Thatsachen, sowie den Causalzusammenhang. Ferner machte sie geltend, daß die Verletzung nicht im Dienste der Nordostbahn stattgefunden habe und daß eigenes Verschulden des Klägers vorliege.

Das Bezirksgericht Zürich hieß mit Urtheil vom 12. April 1877 die Klage gut und die Appellationskammer bestätigte dasselbe unterm 12. Juni gleichen Jahres. -- Die obergerichtlichen Motive gehen dahin:

1) Nach dem klaren Wortlaute von Art. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschifffahrtsunternehmungen bei Tödtungen und Verletzungen haften die genannten Transportanstalten für die Folgen gewisser Unglücksfälle nicht bloß dann, wenn ihren Verwaltungen oder einzelnen ihrer Angestellten eine Verschuldung zur Last fällt, sondern unter Umständen auch dann, wenn eine solche Verschuldung gar nicht erweisbar ist, denn sie sollen bei Tödtungen oder Verletzungen, welche bei dem Betriebe ihrer Unternehmungen eintreten, nur dann von der Ersatzpflicht befreit werden, wenn sie ihrerseits den Beweis leisten, daß entweder höhere Gewalt oder die Verschuldung einer dritten, von der Transportunternehmung nicht angestellten Person oder endlich die eigene Schuld des Getödteten oder Verletzten den Unfall herbeigeführt habe, handelt es sich um reinen Zufall, welcher nicht unter den Begriff höherer Gewalt fällt oder läßt sich doch eine Schuld einer dritten Person oder des Verletzten selbst nicht beweisen, so muß die Transportanstalt einstehen. Die Härte, welche darin liegt, daß eine solche Transportanstalt zuweilen für Schaden einzustehen hat, welchen abzuwenden nicht in ihrer Macht liegt, ist dem Gesetzgeber keineswegs entgangen, wie sich z. B. aus der im „Bundesblatte" abgedruckten Botschaft des Bundesrathes vom 26. Mai 1874 an die Bundesversammlung ergibt. Man hat aber dessenungeachtet diese weitgehende Haftpflicht eingeführt, im Wesentlichen davon ausgehend, daß wenn eine Anstalt ein mit besondern Gefahren verbundenes Gewerbe betreibe und dabei Jemand ohne nachweisbare Schuld irgend einer Person Schaden leide, es billig sei, daß die Anstalt, welche aus ihrem Betriebe ökonomischen Vortheil ziehe, auch den Ersatz solcher zufälligen Schädigungen zu übernehmen habe, um so eher, als sie sich für derartige, mehr aus dem Gesichtspunkte eines Versicherungsvertrages zu leistenden Entschädigungen leicht selbst decken könne, ihren Angestellten gegenüber durch einen vertragsmäßig zu bestimmenden ganz kleinen Abzug von den sämmtlichen Besoldungen, dem die

Digitized by Google

Transportanstalt benutzenden dritten Personen gegenüber durch einen verschwindend kleinen Zuschlag zu den Personentransporttaxen.

2) Allerdings kann der angeführte Art. 2 nur dann auf den vorliegenden Fall Anwendung finden, wenn es sich dabei um einen, „beim Betriebe der Eisenbahnunternehmung" eingetretenen Unfall handelt und es fragt sich daher, was unter diesem Betriebe zu verstehen sei. Nun hat schon das deutsche Reichsoberhandelsgericht in Auslegung des entsprechenden Reichsgesetzes, dessen § 1 für Tödtungen und Verletzungen, welche bei dem Betriebe einer Eisenbahn vorkommen, ganz ähnliche Bestimmungen enthält wie der Art. 2 unseres Bundesgesetzes, wiederholt erklärt, der Ausdruck „Betrieb einer Eisenbahn" sei nicht auf die Beförderung von Gütern und Personen zu beschränken, sondern in einem weitern, den Betrieb des Geschäftes im Allgemeinen umfassenden Sinne zu verstehen (Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, Bd. X, Nr. 96; Bd. XII, Nr. 56 und Nr. 75; Bd. XIX, Nr. 32). Es unterliegt nun keinem Zweifel, daß unser Bundesgesetz, welches wesentlich mit Zugrundlegung jenes deutschen Reichsgesetzes ausgearbeitet worden ist, die Haft der Transportanstalten in dieser Beziehung nicht hat enger einschränken wollen, denn nicht nur enthält das Gesetz keine Hindeutung auf eine solche Absicht, sondern es darf wohl daraus, daß in unserm Bundesgesetze an die Stelle der Worte „beim Betriebe einer Eisenbahn" der Ausdruck gesetzt worden ist: „beim Betriebe einer Eisenbahnunternehmung" geschlossen werden, man habe jeweilen Zweifel darüber, daß das Gesetz nicht nur gegen die Gefahren des eigentlichen Transportdienstes Schutz gewähren wolle, von vornherein ausschließen wollen. Uebrigens hat auch der Anwalt der Beklagten vor erster Instanz selbst die Schadenersatzansprüche des Klägers nicht etwa darum bekämpft, weil derselbe als bloßer Maschinenputzer nichts mit dem Betriebe der Bahn zu thun habe, sondern er hat der Klagebegründung gegenüber behauptet, der Kläger habe nach seiner eigenen Darstellung nicht während seines Dienstes, sondern vor Beginn desselben auf dem Wege zum Dienst einen Unfall erlitten, er hat also hiedurch indirekt anerkannt, daß, hätte der Unfall während des dem Kläger obliegenden Dienstes stattgefunden, der Anspruch auf Entschädigung begründet wäre.

3) Was die Frage betrifft, ob die Erzählung des Klägers über die Entstehung seines Leistenbruches glaubwürdig und wie hoch der ihm aus demselben erwachsende Nachtheil anzuschlagen sei, so kommt in Betracht, daß nach Art. 11 des angeführten

Digitized by Google

Bundesgesetzes die Gerichte sowohl über die Höhe des Schadenersatzes als über die Wahrheit der den Schadenersatzansprüchen zu Grunde gelegten thatsächlichen Behauptungen nach freier Würdigung des Inhaltes der Verhandlungen entscheiden sollen, ohne an die gewöhnlichen prozessualischen Beweisregeln gebunden zu sein.

4) Geht man hievon aus, so darf unbedenklich, wenn auch ein direkter Beweis für die Richtigkeit der klägerischen Darstellung nicht geführt ist, namentlich gestützt auf die Depositionen der Zeugen Bürchler und Weiß und das schriftliche und mündliche Zeugniß des Hrn. Dr. Hauser angenommen werden, daß Kläger in der That durch einen Sturz in die Putzgrube auf die von ihm angegebene Weise eine Verletzung erlitten, aus welcher sich dann später der fragliche unheilbare Leistenbruch entwickelt habe, und es liege weder eine außerhalb des Dienstes entstandene Verletzung noch eine eigene Verschuldung des Klägers vor. Die Größe des Schadenersatzes ist nicht übersetzt.

2. Prozeß Johannes Streuli, Kaminfeger im Maschinenhaus, c. Nordostbahn.

(Urtheil d. d. 6. November 1877.)

Zur Begründung der Klage führt der Kläger im Wesentlichen Folgendes an:

Am 15. Februar d. J. habe er bis Abends 8 Uhr im Maschinengebäude der Nordostbahn als Kaminfeger Dienst gehabt. Er habe eine Lokomotive, welche am folgenden Morgen in Betrieb kommen sollte, reinigen müssen, und da die Schlosser den Tag über die Lokomotive in Reparatur gehabt, habe er die Reinigung erst am Abend vornehmen können. Die Lokomotive sei zwischen einem schweren Tender (sog. Kohlenwagen) und einer andern Lokomotive gestanden, und da die Reinigung nur bei einem größern Spielraum möglich sei, so habe er die zu reinigende Lokomotive frei zu machen gesucht. Es sei damals Niemand mehr im Maschinenraum anwesend gewesen, den er zu dieser schwierigen Operation hätte zu Hülfe ziehen können; er habe deshalb ein Hebeisen unter das Rad der äußern Lokomotive gebracht, auf das er gestanden sei und in Folge seiner eigenen Körperschwere habe sich hierauf die Lokomotive von der Stelle bewegt; diese Operation habe er, soweit nothwendig, wiederholt, er sei aber dabei mehrmals zu Boden gestoßen worden.

An jenem Abend habe er Schmerzen im Unterleibe verspürt, aber noch nicht an etwas Gefährliches gedacht. Am folgenden

Digitized by Google

Morgen sei eine kleine Erhöhung entstanden und in einigen Tagen ein Bruch ausgetreten. Am 17. Februar habe er einem Angestellten des Oberlokomotivführers Hürlimann, Namens Baumer, Mittheilung von der Verletzung gemacht und auf dessen Rath habe er sich am Montag den 19. Februar, durch Dr. Reiser in Außersihl untersuchen lassen, der ihm ein Zeugniß zu Handen der Nordostbahn ausgestellt habe. Daraufhin habe der Bahnbeamte Höltzenbein bei der Nordostbahn dafür gesorgt, daß er ein Bruchband erhalte. Derselbe habe ihn auch einvernommen und einen bezüglichen Eintrag in's Unfallsprotokoll gemacht, so daß er habe annehmen können, er werde eine Entschädigung erhalten, dieß sei aber nicht geschehen.

Kläger verlangte von der Nordostbahn eine Entschädigung von Fr. 2900.

Das Bezirksgericht Zürich hat mit Urtheil vom 7. Juni 1877 die Klage abgewiesen, weil es sich hier nicht um eine Schädigung „beim Betriebe" einer Eisenbahn handle und weil ferner Kläger selber in culpa sich befinde.

Die Appellationskammer des Obergerichtes hat am 6. Nov. 1877 das erstinstanzliche Urtheil aus folgenden Gründen bestätigt:

1) Der klägerischen Schadenersatzforderung wird vor Allem der Einwand entgegengehalten, Art. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschifffahrtsunternehmungen bei Tödtungen und Verletzungen beziehe sich gar nicht auf Unfälle von der Art, wie Kläger einen solchen erlitten zu haben behauptet; die Worte „beim Betriebe einer Eisenbahn- oder Dampfschifffahrtsunternehmung" dürfen nämlich nicht von dem Betriebe im weiteren Sinne solcher Transportanstalten verstanden werden, sondern seien, wenn auch nicht auf die Beförderung von Personen oder Sachen auf Eisenbahnen und Dampfschiffen, doch auf diejenigen Funktionen zu beschränken, welche dem Eisenbahn- und Dampfschiffgewerbe im Vergleiche mit andern Gewerben eine eigenthümliche Gefährlichkeit verleihen. Es wird darauf hingewiesen, daß die Praxis der deutschen Gerichte, insbesondere des Reichsoberhandelsgerichtes, die Worte „bei dem Betriebe" in § 1 des Reichshaftpflichtgesetzes in dem soeben angeführten beschränkenden Sinne auslege und daß man bei der Redaktion des entsprechenden Bundesgesetzes absichtlich sich möglichst an den Wortlaut jenes deutschen Gesetzes angeschlossen habe, gerade um bei der Anwendung unseres Gesetzes die gerichtlichen Entscheide und die Literatur, welche sich mit der Auslegung des Reichs-Haftpflichtgesetzes beschäftigen, benutzen zu können.

Digitized by Google

2) Nun ist aber vorerst zu beachten, daß wenn auch durch die Autorität des deutschen Reichsoberhandelsgerichtes jene beschränkende Auslegung der Worte „bei dem Betriebe" die Oberhand gewonnen hat, dieselbe doch keineswegs von Anfang an allgemein als die richtige anerkannt war, vielmehr z. B. Endemann in seinen bald nach Erlaß des Reichs-Haftpflichtgesetzes zu denselben veröffentlichten Erläuterungen (Seite 12) erklärte, die Worte „Betrieb der Eisenbahnen" müssen im umfassendsten Sinne genommen werden und es würde sich nicht rechtfertigen, kasuistische Beschränkungen des Begriffs zu versuchen.

3) Sodann weisen verschiedene Umstände darauf hin, daß der Verfasser des Entwurfs zu dem in Frage stehenden Bundesgesetze, Professor Dr. Fick, wenn er auch im Allgemeinen von dem ausgesprochenen Bestreben ausging, sich möglichst an jenes deutsche Gesetz anzuschließen, doch gerade mit Bezug auf die Frage, wie weit sich die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschifffahrtsgesellschaften ausdehnen solle, nicht jener die Haftpflicht einschränkenden Anschauung gehuldigt habe, wie er denn auch ausdrücklich erklärt, er habe in den bezüglichen Gesetzesentwürfen bei Feststellung der Garantien gegenüber den Transportanstalten in manchen Beziehungen über die Gesetzgebungen benachbarter Staaten hinausgehen zu sollen geglaubt (Dr. Fick, die schweizerischen Rechts-Einheitsbestrebungen S. 67).

4) Wenn gegen die schon in einem früheren Falle von diesseitiger Stelle gemachte Bemerkung, daß der in Art. 2 unsers Bundesgesetzes gebrauchte Ausdruck „beim Betriebe einer Eisenbahn- oder Dampfschifffahrt-Unternehmung" eher darauf hindeute, daß man den Betrieb im weitern Sinne im Auge gehabt habe, eingewendet worden ist, es sei dieses eine mehr zufällige und bedeutungslose Aenderung der Redaktion, so darf wohl darauf hingewiesen werden, daß wie sowohl Eger in seinem Commentar zu dem Reichshaftpflichtgesetze (Seite 8) als Endemann in seinen Erläuterungen (Seite 11) anführen, bei den Berathungen im deutschen Reichstage der Regierungskommissär Dr. Falk äußerte, einer allzusehr ausdehnenden Auslegung der fraglichen Bestimmung stehe der Umstand entgegen, daß es nicht heiße, der Eisenbahnunternehmer hafte für den Schaden, der bei seiner Unternehmung entsteht, sondern: er hafte für den Schaden beim Betriebe der Eisenbahn, welches letztere Wort hier den engern Sinn habe, daß nur der Bahnkörper mit seinen Schienen darunter verstanden sei.

5) Für die Annahme, daß Dr. Fick eine Haftpflicht für Schaden nicht bloß hinsichtlich solcher Verletzungen oder Tödtungen

Digitized by Google

habe festsetzen wollen, welche bei Betriebsfunktionen, die mit der eigenthümlich gefährlichen Natur gewisser Transportarten zusammenhängen, vorkommen, läßt sich anführen:

a. Daß in dem Gesetzesentwurfe alle vom Bunde koncedirten oder von ihm selbst betriebenen Transportanstalten, also auch die Post und koncedirte Omnibus-Unternehmungen, gleich behandelt wurden, während doch bei den Letztern von einer besondern Gefährlichkeit, wie sie bei Eisenbahnen durch die Bewegung schwerer Lasten auf Eisenschienen und bei Eisenbahnen wie bei Dampfschiffen durch die Anwendung von Dampf als Triebkraft begründet wird, keine Rede sein kann;

b. daß in § 1 des Entwurfs die Haftpflicht für Tödtungen oder Verletzungen, welche beim Bau eintreten sollten, ganz gleich wie für die beim Betriebe vorkommenden festgestellt wurde, während doch der Bau eines Eisenbahndammes, eines Landungsplatzes für Dampfschiffe u. dgl. im Allgemeinen nicht mehr Gefahren mit sich bringt als manche andere Bauten, z. B. Anlegung von Gebirgsstraßen, Erbauung von Thürmen u. s. f.;

c. daß in den Motiven, welche Dr. Fick in seiner Schrift: „die schweizerischen Rechts-Einheitsbestrebungen" publizirt hat, der Gesichtspunkt der Gefährlichkeit von Eisenbahnen und Dampfschiffen nicht besonders hervorgehoben, vielmehr die Nothwendigkeit der Erlassung von Spezialgesetzen wesentlich damit motivirt wird, daß einerseits jene Transportanstalten faktisch im Besitze eines Monopols seien, anderseits, wenn sie auch in einzelnen Fällen zu Leistung von Schadenersatz ohne eigene Verschuldung angehalten werden sollten, sich dieses aus dem Gesichtspunkte der Assekuranz rechtfertigen lasse.

6) Dazu kommt, daß Dr. Fick in der angeführten Schrift (S. 159 f.) entgegen dem Vorschlage, bei Ertheilung von Eisenbahnkonzessionen den Konzessionsbewerbern die Verpflichtung aufzulegen, für ihre Arbeiter Invalidenfonds zu gründen, die Ansicht ausspricht, daß der durch diesen Vorschlag beabsichtigte Zweck schon durch die in seinem Gesetzesentwurfe vorgeschlagenen Bestimmungen erreicht werde, namentlich, wenn noch die Vorschrift beigefügt werde, daß, falls ein Beamter, Angestellter oder Arbeiter der Transportanstalt von dem Unfalle im Dienste oder während der Arbeit betroffen werde, die Einrede der höhern Gewalt nicht zugelassen werden solle. Nun würde aber wohl bei

Digitized by Google

Gründung eines Invalidenfonds für Angestellte einer solchen Transportanstalt Niemand die Berechtigung zum Bezuge von Beiträgen auf diejenigen Unfälle beschränken wollen, welche durch die Bewegung schwerer Lasten auf den Schienen oder durch Dampfkraft veranlaßt wären. Endlich spricht sich Dr. Fick (Seite 225 f) geradezu dahin aus, daß Unfälle, welche bei Erstellung von Betriebsmitteln vorkommen, dann unter das Haftpflichtgesetz fallen, wenn deren Erstellung zum Betriebe der Anstalt gehöre, wie z. B. wenn die betreffende Anstalt die Erstellung in eigenen Werkstätten vernehmen lasse, die zum Gesammtbetriebe des Unternehmens gehören. Hier wird also der Betrieb des Eisenbahnunternehmens in demjenigen weitern Sinne genommen, wie dieser Ausdruck z. B. in den eigenen Geschäftsberichten der Beklagten vorkommt, wo unter dem allgemeinen Titel „Betrieb" auch der Werkstättebetrieb aufgeführt wird.

7) Nun hat allerdings der fragliche Gesetzesentwurf im Verlaufe der Berathungen verschiedene Abänderungen erfahren. Zunächst wurde vom Bundesrathe die Post aus demselben gestrichen, in der Meinung, daß die Verhältnisse dieser vom Bunde selbst betriebenen Transportanstalt durch ein besonderes Gesetz geregelt werden sollen. Im Uebrigen dagegen schloß sich der Bundesrath den Vorschlägen und Ausführungen des Redaktors an, nahm insbesondere die von ihm nachträglich vorgeschlagene Bestimmung des Ausschlusses der Einrede der höheren Gewalt bei Unfällen, welche Angestellte einer Transportanstalt im Dienste oder während der Arbeit betreffen, auf und motivirte diesen Vorschlag ebenfalls damit, daß hiedurch den Interessen des Arbeiterstandes bessere Rechnung getragen werde, als durch den Zwang zu Gründung von Invalidenfonds. Auch der Bundesrath stellt in seinen Motiven in erster Linie auf die Gesichtspunkte des Monopols und der Assekuranz ab und führt nur mit Bezug auf diejenigen Geschädigten, welche zu der Transportanstalt weder in einem Anstellungs-, noch in einem Transportvertrage stehen und bei denen daher von einer Assekuranz nicht die Rede sein könne, an, bei diesen lasse sich die Festsetzung einer Ersatzpflicht aus durch die Transportanstalt nicht verschuldeten Unfällen durch die Erwägung rechtfertigen, daß die Unternehmung an sich eine gefährliche sei und daher dem Bunde, welcher die Konzessionen dafür zu ertheilen habe, das Recht zustehe, die Ertheilung der Konzession an Bedingungen zu knüpfen, welche dem Publikum Schutz gegen die mit dem Unternehmen verbundenen Gefahren gewähren (Bundesblatt von 1874, Bd. I, S. 889 ff.)

Digitized by Google

8) Die ständeräthliche Kommission, welche den Gesetzesentwurf vorzuberathen hatte, hob zwar in ihrem Berichte mehr die Gesichtspunkte des Monopols und der Gefährlichkeit hervor zur Begründung der Nothwendigkeit eines Spezialgesetzes, während sie die Frage, ob die Annahme einer Assekuranz sich rechtfertige, dahin gestellt ließ. Auch trug sie auf Abänderung derjenigen Bestimmung an, nach welcher auch bei Schädigungen von Personen die Einrede höherer Gewalt ausgeschlossen sein sollte, wo Vergehen oder Versehen von in die Transporträume aufgenommenen Passagieren den Schaden verursacht hätten. Dagegen ist um so weniger anzunehmen, daß die Kommission den Begriff des „Betriebes einer Transportanstalt", wie er in Art. 1 des bundesräthlichen Entwurfes vorkam, in engerm Sinne habe verstanden wissen wollen, als dieses von Seite des Redaktors geschehen war, als sie den Antrag stellte, auch die Postanstalt wieder in das Gesetz aufzunehmen, bei welcher ja von den eigenthümlichen Gefahren des Eisenbahn- und Dampfschiffbetriebes keine Rede ist (Bundesblatt von 1874, Bd. II, S. 935).

9) Die Kommission des Nationalrathes nahm in verschiedenen Beziehungen wieder einen andern Standpunkt ein, indem sie Ausscheidung der Post, dann aber auch der vom Bunde konzedirten Omnibusunternehmungen aus diesem Gesetze beantragte, Trennung der auf den Bau und auf den Betrieb bezüglichen Bestimmungen wünschte und auf Streichung des Satzes drang, daß bei Verletzungen von Angestellten während des Dienstes die Transportanstalten auch für die Folgen höherer Gewalt einzustehen haben. Es weist aber nichts in dem Berichte dieser Kommission darauf hin, daß sie nur für Unfälle, welche beim Betriebe im engern Sinne eintreten sollten, eine Haftpflicht habe anerkennen wollen, namentlich wurde der Antrag auf Streichung der letzterwähnten Bestimmung nicht etwa damit begründet, daß das Gesetz sich nur auf den Eisenbahn- und Dampfschiffbetrieb im engern Sinne und nicht auf den gesammten Dienst der Angestellten und Arbeiter der Transportanstalten beziehen solle, sondern einfach damit, daß es allen Rechtsgrundsätzen widerspreche, Jemanden für einen Schaden haftbar zu erklären, hinsichtlich dessen eine Verschuldung nicht blos unerwiesen sei, sondern wie z. B. im Falle eines Blitzstrahls, auch unmöglich vermuthet werden könne.

10) Kann sonach aus dem gedruckt vorliegenden Materiale über die Vorberathungen des in Frage stehenden Bundesgesetzes ein Beweis dafür nicht geleistet werden, daß der Gesetzgeber die

Digitized by Google

Worte „bei dem Betriebe" in einem engern Sinne habe verstanden wissen wollen, als der Verfasser des Gesetzesentwurfes, so ließe sich immerhin denken, daß etwa die Protokolle über die Abstimmungen in der Bundesversammlung etwas anderes darthun könnten. Indessen ist dieses nicht sehr wahrscheinlich, denn auch im Art. 5 des Gesetzes betreffend die Arbeit in den Fabriken hat die Bundesversammlung die Haftpflicht der Arbeitgeber für Verletzungen ihrer Arbeiter erheblich weiter ausgedehnt, als dieses in Deutschland durch § 2 des Reichshaftpflichtgesetzes geschehen ist, und doch bezieht sich dieses schweizerische Fabrikgesetz nicht etwa blos auf solche Fabriken, deren Betrieb wegen Anwendung von Dampfkraft u. dgl. besonders gefährlich ist, sondern wie aus Art. 1 hervorgeht auf alle industriellen Anstalten, in denen gleichzeitig und regelmäßig eine größere Anzahl von Arbeitern außerhalb ihrer Wohnungen in geschlossenen Räumen beschäftigt wird.

11) Wird aber auch angenommen, daß Verletzungen, welche ein Angestellter einer Eisenbahn bei der ihm aufgetragenen Reinigung einer Maschine erleidet, unter die Bestimmungen des erwähnten Gesetzes fallen, so kann die vorliegende Klage darum nicht gutgeheißen werden, weil ein Beweis dafür, daß der Kläger sich wirklich bei dem Reinigen einer Lokomotive einen Bruch zugezogen habe, weder geleistet noch in zureichender Weise angeboten worden ist und weil zudem, wenn der Bruch so entstanden wäre, wie Kläger angibt, die Beklagte mit Grund einwenden könnte, der Kläger habe seine Verletzung selbst verschuldet.

12) Was nämlich die Entstehung des Bruchs des Klägers betrifft, so würde auch, wenn die angerufenen Zeugen den Inhalt der Beweissätze, daß Kläger vor dem 15. Februar d. J. keinen Bruch gehabt, bald nach dem 15. Februar dagegen an einem solchen gelitten habe, bestätigen sollten, hiedurch und durch ein ärztliches Zeugniß, daß sich damals keine Spuren eines ältern Bruches vorgefunden haben, blos festgestellt, daß sich am 15. oder 16. Februar bei dem Kläger ein Bruch gebildet habe, damit wäre aber, da bekanntlich Brüche auf sehr verschiedene Weise entstehen können, noch gar nicht bewiesen, daß dieses Uebel sich während einer Dienstverrichtung des Klägers gebildet habe. Was die Darstellung des Letztern über seine Thätigkeit am Abend des 15. Februars anbelangt, so hat er einzig dafür Zeugen angerufen, daß er bestimmten Auftrag gehabt habe, damals eine Lokomotive, bzw. deren Siedröhren, zu reinigen und daß Niemand in dem fraglichen Raume zugegen gewesen sei, der ihm hiebei

Digitized by Google

hätte helfen können. Wie er sich dann aber benommen habe, darüber liegen nichts als seine eigenen Angaben vor, und wenn nun auch nach Art. 11 des Gesetzes die Gerichte bei Beurtheilung der Wahrheit thatsächlicher Angaben nach freiem Ermessen entscheiden dürfen, so kann doch hierin nicht die Ermächtigung liegen, die einseitigen Angaben eines Klägers ohne Weiters als wahr anzunehmen. Im vorliegenden Falle kann hievon um so weniger die Rede sein, als nicht behauptet wird, daß der Kläger unmittelbar nach dem angeblichen Unfalle denselben Andern, so wie er ihn jetzt darstellt, mitgetheilt habe, vielmehr die erste Anzeige erst zwei Tage nachher gemacht worden sein soll.

13) Gesetzt aber auch, Kläger hätte einen Bruch auf die Weise, wie er erzählt, und wie in der nach seinen Angaben am 20. Februar niedergeschriebenen Unfall-Schaden-Anzeige geschildert ist, sich zugezogen, so müßte durch seine eigenen Angaben der allerdings sonst der Beklagten obliegende Beweis für Selbstverschuldung des Klägers als geleistet betrachtet werden. Nach seiner eigenen Darstellung geschieht sonst die Hin- und Herbewegung von Lokomotiven, um sie in die zu ihrer Reinigung erforderliche Stellung zu bringen, durch das Zusammenwirken mehrerer Personen. Angenommen nun auch, zu der Zeit, als er mit dem Reinigen der Lokomotive beginnen wollte, sei Niemand sonst in dem gleichen Maschinenraume zugegen gewesen, so ist doch anzunehmen, es wäre ihm wohl möglich gewesen, entweder direkt andere in der Nähe befindliche Arbeiter herbeizurufen oder sich durch einen vorgesetzten Mitarbeiter anweisen zu lassen. Jedenfalls erscheint es als eine entschiedene Verschuldung, wenn Kläger, nachdem ihm der erste Versuch, allein vermittelst eines Hebeisens die Lokomotive von der Stelle zu bewegen, mißlungen und er dabei zu Boden gestürzt war, von diesem Vorhaben nicht abstand, sondern, wie der Unfall-Schaden-Anzeige entnommen werden muß, wiederholt sich auf das Hebeisen stellte und dabei so hantirte, daß er in Folge Umkippens des Hebeisens mehrmals heftig zu Boden geprallt wurde.

14) Eine Anerkennung der klägerischen Forderung, welche übrigens damals ihrem Betrage nach noch ganz unbekannt war, kann darin nicht gefunden werden, daß ein Angestellter der Beklagten die Angaben des Klägers zu Papier brachte und dann ein Mitglied der Direktion Namens derselben hievon der Unfallsversicherung Mittheilung machte, in Gewärtigung, ob diese dem Kläger etwas zu bezahlen geneigt sei.

Digitized by Google

3. Proceß Frei c. Nordostbahn.*)

(Urtheile d. d. 11. Dezember 1877 und d. d. 18. Mai 1878.)

Die faktischen Verhältnisse sind folgende:

A. Am 25. Januar 1875 hat die konzessionirte Eisenbahngesellschaft Wädensweil-Einsiedeln mit der Direktion der schweizerischen Nordostbahngesellschaft einen Vertrag abgeschlossen, wonach Letztere die Anordnung und Leitung des Ausbaues der Linie Wädensweil-Einsiedeln und die gesammte Einrichtung und Verwaltung des Betriebes auf den Namen, sowie für Rechnung und Gefahr der Eisenbahngesellschaft Wädensweil-Einsiedeln übernommen hat. Bezüglich der wichtigsten, sowohl Bau als Betrieb betreffenden Fragen ist die Zustimmung der Gesellschaftsorgane der Eisenbahnunternehmung Wädensweil-Einsiedeln vorbehalten. Im Uebrigen sind speziell folgende zwei Artikel des erwähnten Vertrages hervorzuheben:

„Art. 10. Der Nordostbahngesellschaft liegt gegenüber An„sprüchen jeder Art, welche in Folge des Baues oder Betriebes „der Eisenbahn Wädensweil-Einsiedeln von Dritten erhoben wer„den, keinerlei Haftpflicht ob. Entschädigungen, welche in Folge „solcher Ansprüche geleistet werden müssen, sind der Eisenbahn„unternehmung Wädensweil-Einsiedeln, beziehungsweise der Bau„oder Betriebsrechnung derselben zu belasten.

„Dagegen wird die Nordostbahngesellschaft der Eisenbahn„gesellschaft Wädensweil-Einsiedeln für diejenigen Beträge „Rechnung halten, welche in Folge des Rückgriffs auf allfällig „fehlbare Beamte und Angestellte oder dritte Personen erhältlich „gemacht werden können."

„Art. 13. Die Nordostbahndirektion vertritt die Eisenbahn„unternehmung Wädensweil-Einsiedeln in allen auf den Bau „und Betrieb bezüglichen Angelegenheiten nach Außen."

B. In Folge dieses Vertrages hat nun die Nordostbahn den Bau der Eisenbahnstrecke Wädensweil-Einsiedeln in der That auch ausgeführt. Gemäß besonderer Verständigung zwischen den Direktionen der beiden Eisenbahngesellschaften fand sodann am 30. November 1876 auf der genannten Bahnstrecke eine Probefahrt statt, bei welcher Hs. Rudolf Frei, der Erblasser der heutigen Kläger, als Lokomotivheizer Theil genommen hat. Bei der Thalfahrt gerieth der Bahnzug bekanntlich so stark in Lauf, daß er nicht mehr aufgehalten werden konnte, sondern mit rasender

*) Siehe Rechtsgutachten in Sachen der Hinterbliebenen des Hans Rudolf Frei gegen die Direktion der schweiz. N.-O.-B. wegen Schadensersatz, von Prof. Dr. W. Endemann in Bonn. Zürich 1878.

Digitized by Google

Schnelligkeit bergabwärts fuhr, in Wädensweil entgleiste und schließlich umgeworfen wurde. Bei dieser Katastrophe hat unter anderm auch der erwähnte Lokomotivheizer Hs. Rudolf Frei das Leben verloren. Sofort haben nun die Strafbehörden eine Untersuchung eingeleitet, um festzustellen, ob der Unglücksfall vielleicht durch eine strafbare Fahrlässigkeit einer oder mehrerer bei der Probefahrt betheiligten Personen verursacht worden sei. Das Hauptsächlichste und für den Nichttechniker allein verwerthbare und auch einzig maßgebende Aktenstück dieser Untersuchung bildet nun ein von Oberbaurath und Professor Sternberg in Karlsruhe eingefordertes Gutachten. Diesem Experten wurden von der Staatsanwaltschaft folgende Fragen zur Beantwortung vorgelegt:

1) „Ist nach Ihrem technischen Ermessen irgend welchen bestimmten Persönlichkeiten die Verursachung fraglichen „Unglücksfalls zuzuschreiben?
2) „Wenn ja, welches sind die Persönlichkeiten und die Ursachen?
3) „Ist dieses ursächliche Thun oder Lassen jener Persönlichkeiten den Umständen nach als Fahrlässigkeit zu bezeichnen? und
4) „Bei Verneinung der Hauptfrage: Welchen sonstigen „Ursachen ist der Unglücksfall zuzuschreiben?"

und es hat derselbe sodann auf Grundlage der in der Strafuntersuchung erhobenen Zeugenaussagen über die Größe und das Gewicht des zur Probefahrt verwendeten Bahnzuges, die einzelnen während der Bergfahrt eingetretenen Unfälle und dabei gemachten Beobachtungen, sowie über den Verlauf und Ausgang der Thalfahrt nebst den von den betheiligten Personen angewandten Maßregeln und ferner auf Grundlage eines Augenscheins seine Ueberzeugung in dem erwähnten gründlich motivirten Gutachten dahin ausgesprochen:

Zu Frage 1 und 2. Die Verursachung des fraglichen Unglücksfalles müßte dem als Lokomotivführer während der Probefahrt thätig gewesenen Maschinenmeister Haueter zugeschrieben werden, weil er bei der Thalfahrt den vollen Gegendampf habe wirken lassen; dadurch aber die Wirkung der Handbremse zur Erregung einer Widerstandskraft für die Lokomotive als Fahrzeug vollständig verloren gegangen und deshalb für die Hemmung der Letztern nichts als die außerordentlich geringe Wirkung der in heftiger Schleuderbewegung thätigen Treibräder übrig geblieben sei.

Zu Frage 3. Diese Handlungsweise des Haueter könne jedoch nicht als Fahrlässigkeit bezeichnet werden, weil die er-

Digitized by Google

wähnte Ursache, welche die Lokomotive der Hand des Führers entzogen habe, so versteckt gelegen sei, daß man es dem Letztern unmöglich zum Nachtheil anrechnen könne, wenn er in der großen Aufregung der unglücklichen kurzen Fahrt das richtige Mittel zur Hülfe nicht erkannt habe.

Unter Berufung auf dieses Gutachten wurde die erwähnte Strafuntersuchung sistirt.

C. Auf eine von Pfarrer Egli in Außersihl Namens der Kläger mit Zuschrift vom 16. Februar 1877 geltend gemachte Entschädigungsforderung im Betrage von Fr. 25,000 antwortete die Nordostbahndirektion lediglich, daß sie davon der Unfallversicherungsgesellschaft Kenntniß gegeben habe und eröffnete sodann dem erwähnten Vertreter der Kläger auf eine bezügliche Anfrage vom 11. April mit Zuschrift vom 26. gl. Mts., daß die genannte Gesellschaft jede Entschädigungspflicht bestreite, sie aber ohne deren Zustimmung oder ein gerichtliches Urtheil nicht bezahlen könne und ihm daher anheimstellen müsse, die geltend gemachte Entschädigungsforderung auf gerichtlichem Wege einzuklagen.

D. Diese Klage wurde eingeleitet und es macht nun der Vertreter der Kläger vor Allem aus geltend, daß dieselbe durch Auszahlung von Vorschüssen a conto der eingeklagten Entschädigung im Betrage von circa Fr. 800 im Prinzip eigentlich bereits anerkannt worden sei.

Eventuell wird die geltend gemachte Forderung in rechtlicher Beziehung hergeleitet aus Art. 1—3 des Bundesgesetzes vom 1. Juli 1875, betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschifffahrtsunternehmungen bei Tödtungen und Verletzungen. Um sich von der Haftpflicht befreien zu können, müßte die Nordostbahn den Nachweis dafür beibringen, daß der Unfall durch höhere Gewalt oder durch Verschulden des Frei selbst oder endlich durch Versehen und Vergehen dritter, bei ihr nicht angestellter Personen und ohne ihr eigenes Mitverschulden verursacht worden sei; nun zeige aber die Aktenlage zur Evidenz, daß nicht nur keine dieser Voraussetzungen vorliegen, sondern das Unglück durch einen eigenen Angestellten der Beklagten, den Maschinenmeister Haueter, veranlaßt worden sei, daraus aber folge für die Nordostbahn nicht nur nicht eine Befreiung von der Haftpflicht, sondern die Begründung derselben, weil die Transportanstalten gemäß Artikel 3 des citirten Bundesgesetzes auch für die Fehler ihrer Angestellten haften. Wenn man auch mit den Strafbehörden annehmen wolle, es treffe den Haueter keine

Digitized by Google

strafbare Fahrlässigkeit, so sei damit durchaus nicht ausgeschlossen, daß seine Handlungsweise doch vom Standpunkte des Civilrechtes aus als eine fahrlässige bezeichnet werden müsse; unter keinen Umständen aber könne bei dieser Sachlage von höherer Gewalt die Rede sein, ein Selbstverschulden des Frei aber oder ein Vergehen dritter, unbetheiligter Personen werde kaum als Ursache der Katastrophe bezeichnet werden wollen und können.

Was das Quantitativ der geltend gemachten Forderung betrifft, so wird in rechtlicher Beziehung abgestellt auf die Artikel 5, 6 und 11 des erwähnten Haftpflichtgesetzes. Sodann produzirt man:

1. Ein Zeugniß des Oberingenieur May, dahin gehend, daß Rudolf Frei am 9. Mai 1870 als Handlanger an die Lokomotivwerkstätte der Nordostbahn eingetreten, in den letzten Jahren bis zu seinem am 30 November 1876 erfolgten Tod als Gehülfe und Stellvertreter des Handlangermeisters, sowie als Lokomotivheizer bei Probefahrten verwendet worden sei und während dieser ganzen Dienstzeit durch Fleiß und gutes Betragen die allseitige Zufriedenheit seiner Vorgesetzten erworben habe.

2. Eine Zuschrift der Direktion der Nordostbahn an Pfarrer Egli in Außersihl, den Vormund der Kinder Frei, worin bezeugt wird, daß die durchschnittliche Monatseinahme des Heizers Frei ca. 150 Franken betragen habe.

3. Einen Auszug aus dem Civilstandsregister der Gemeinde Hermatsweil-Pfäffikon, woraus ersichtlich ist:

a. daß Heizer Frei am 5. Januar 1838 geboren ist und somit ein Alter von nahezu 39 Jahren erreicht hat, und
b. daß die Hinterlassenen desselben eine Wittwe, geboren den 27. Mai 1837, und zwei minderjahrige Kinder, nämlich Anna Emilie, geboren den 24. August 1863, und Karl Emil, geboren den 26. Februar 1868, sind.

4. Ein von der Waisenkommission Außersihl über den Nachlaß des Hs. Rudolf Frei aufgenommeues Inventar, welches ein Defizit von Fr. 339. 71 zeigt.

5. Ein vom Vormund der Kinder Frei an die Creditoren des Verstorbenen erlassenes Cirkular, worin denselben vom Tode ihres Schuldners, sowie dem Antritt der Erbschaft durch die Wittwe Kenntniß gegeben und ihnen 50 % ihrer Forderungen offerirt werden.

6. Ein Zeugniß des Dr. med. Hauser in Außersihl datirt 29. Juni 1877, dahin gehend, daß er seit mehreren Jahren

Digitized by Google

Hausarzt des Heizer Frei gewesen sei und als solcher bezeugen könne, daß sich dieser stets einer guten Gesundheit erfreut und seine ganze Konstitution darauf hingewiesen habe, daß er ein hohes Alter erreichen werde oder doch ein frühes Absterben nicht zu befürchten sei. Unter Berufung auf die aus diesen Urkunden sich ergebenden Verhältnisse verweist der Vertreter der Kläger, um die Angemessenheit der gestellten Forderung plausibel zu machen, darauf, daß Frei als solider und gesunder Familienvater voraussichtlich noch viele Jahre hätte leben können und daß sein Verlust für die Familie um so empfindlicher wirken müsse als die Kinder noch nicht in der Lage seien, etwas zu verdienen und auch die Wittwe in ihrem Verdienste durch die Kindererziehung sehr eingeschränkt werde. Schließlich werden zwei Rechnungsexempel angeführt, aus denen sich die Sachgemäßheit der Forderung ergeben soll. Das eine besteht darin, daß man den nachgewiesenen jährlichen Verdienst des Frei von Fr. 1800 unter zu Grundlegung eines Zinsfußes von 5 % kapitalisirt und von den sich ergebenden Fr. 36000 mit Rücksicht darauf, daß Kläger das gesammte Kapital von Anfang an hätten, 11000 Franken abzieht, so daß noch die eingeklagten 25000 Franken bleiben würden. Dabei wird darauf aufmerksam gemacht, daß diese Rechnungsweise den Umstand noch nicht berücksichtige, daß sich die Verdienstsumme des Frei nach und nach gesteigert hätte. Ferner argumentiren die Kläger so, die Entschädigung bilde einen Ersatz für die Arbeitskraft ihres bisherigen Ernährers, wenn dieselbe daher leisten solle was die letztere geleistet habe, so müssen sie so viel Kapital erhalten, daß man eine der Verdienstsumme von Fr. 1800 gleichkommende Rente bis zu dem ohne die Katastrophe noch in der Zukunft liegenden Ableben des Frei für sich und seine Familie erwerben könnte. Nach den Statuten der Rentenanstalt würde nun aber bei einem Eintrittsalter von 40 Jahren gegen eine Kapitaleinlage von Fr. 25,000 bloß eine Rente von Fr. 1625, somit noch Fr. 175 weniger bezahlt als die Verdienstsumme des Frei betragen habe.

E. Die Beklagte und erste Litisdenunciatin stellen der Klage in erster Linie die Einrede der mangelnden Passivlegitimation entgegen, weil das Haftpflichtgesetz als verpflichtetes Subjekt die konzessionirte Unternehmung bezeichne, dieses aber nicht die Nordostbahn, sondern die Aktiengesellschaft Wädensweil-Einsiedeln sei. Auf den Artikel 13 des zwischen diesen beiden Gesellschaften zu Stande gekommenen Vertrages, der sich als ein gewöhnlicher Werkvertrag darstelle, können sich die Kläger überall nicht berufen,

Digitized by Google

weil sie der Vertrag nichts angehe. Die Bestimmung des citirten Artikels, daß die Nordostbahn die Vertretung der Aktiengesellschaft Wädensweil-Einsiedeln in allen auf den Bau und Betrieb bezüglichen Angelegenheiten nach Außen übernehme, sei selbstverständlich nur wirksam unter den Kontrahenten, nicht dagegen für dritte Personen, für diese stelle sich dieselbe vielmehr als eine res inter alios acta dar.

In materieller Beziehung anerkennt man, daß der Tod des Frei am 30. November 1876, als dem Tage des auf der Wädensweil-Einsiedlerbahn eingetretenen Unfalls, erfolgt sei, hat es dagegen nicht über sich bringen können, die Anerkennung auch noch auf den Kausalzusammenhang und die Thatsache auszudehnen, daß der Tod eine Folge jenes Unfalles sei. Ferner wird bestritten, daß die Nordosthahn irgend etwas anerkannt habe und sodann geltend gemacht, daß für die rechtliche Beurtheilung der Klage Artikel 1 und nicht Artikel 2 des mehr citirten Haftpflichtgesetzes maßgebend sei, weil die Probefahrt eine Operation sei, die zum Bau und nicht zum Betrieb einer Eisenbahn gehöre. Daraus folge aber, daß zum Fundament der Klage der Nachweis einer Verschuldung der konzessionirten Unternehmung oder ihrer Angestellten gehöre, und dieser Nachweis sei weder erbracht, noch könne er erbracht werden. Wenn man sich diesfalls auf das Gutachten des Professors Sternberg berufe, so sei dieses noch nicht das Ende alles Widerspruches. Maschinenmeister Haueter, welchem die Verursachung des Unglücksfalls zugeschrieben werde, bestreite die Richtigkeit des Gutachtens und habe seinerseits den schweizerischen Ingenieur- und Architektenverein um eine nochmalige Untersuchung gebeten, dieser aber erklärt, er könne sich dazu nur auf das Ansuchen einer competenten Behörde entschließen. Auf ein Gutachten dieses Vereins werde daher für den Gegenbeweis abgestellt. Der Vertreter der Nordostbahn geht indeß noch weiter, er bestreitet nicht bloß ein Verschulden der Transportanstalt oder ihrer Angestellten, sondern behauptet, daß der Unfall durch Selbstverschulden des Frei oder durch die Schuld Dritter oder endlich durch höhere Gewalt herbei geführt worden sei, eine nähere Substanzirung dieser Behauptungen wird indeß nicht gegeben, sondern einfach ein bezügliches allgemeines Beweisanerbieten gemacht. Einzig der Vertreter der zweiten Litisdenunciatin hat es versucht, an Hand der voliegenden Strafakten nachzuweisen, daß die Katastrophe lediglich höherer Gewalt zuzuschreiben sei, weil sich aus Allem ergebe, daß der Unfall durch menschliches Bemühen absolut nicht habe abgewendet werden können.

Digitized by Google

Endlich wird allseitig geltend gemacht, daß die gestellte Forderung weit übertrieben sei, und zwar macht man in dieser Beziehung namentlich darauf aufmerksam, daß die Verdienstsumme des Frei eben für die ganze Familie, namentlich aber auch für seine eigene Person bestimmt gewesen sei, währenddem nun für die Zukunft bloß eine Wittwe und zwei Kinder in Frage kommen.

F. Gegenüber der Einrede der mangelnden Passivlegitimation verweist der klägerische Vertreter darauf, daß der Bau- und Betriebsvertrag zwischen der Nordostbahn und der Aktiengesellschaft Wädensweil-Einsiedeln die Genehmigung der Bundesbehörden erhalten habe, und zieht daraus die rechtliche Schlußfolgerung, daß demselben eine öffentlich-rechtliche Bedeutung zukomme. Die von der Nordostbahn in Artikel 13 übernommene Verpflichtung, nach Außen zu haften, sei durch jene Genehmigung öffentlich-rechtlich sanktionirt und acceptirt worden, deßhalb aber auch allgemein jedem Dritten gegenüber verbindlich. Sodann sei auch nicht zu übersehen, daß Frei Angestellter der Nordostbahn und nicht der Aktiengesellschaft Wädensweil-Einsiedeln gewesen und er selbst auf dem Bahngebiete der Erstern verunglückt sei. Ueberdem stehe der Beklagten diesfalls die replicatio doli entgegen, weil sie in der Korrespondenz ihre Haftpflicht rund anerkannt habe. Die Frage, ob das Unglück beim Bau oder Betriebe der Bahn stattgefunden habe, sei irrelevant, übrigens behaupte er, daß eine Probefahrt im Sinne des Haftpflichtgesetzes zum Betriebe der Bahn gehöre.

G. Veranlaßt durch eine Verfügung vom 13. August hat der Vertreter der Nordostbahn anerkannt, daß der Wittwe Frei von der Werkstättenkasse eine Unterstützung im Betrage von ca. 800 Franken verabfolgt worden sei, dagegen bestritten, daß die bezüglichen Zahlungen auf Rechnung einer von der Nordostbahn zu entrichtenden Entschädigung gemacht worgen seien.

H. Zum Beweise dafür, daß die erwähnten Vorschüsse der Wittwe Frei à conto der eingeklagten Entschädigung gemacht worden seien, haben sich die Kläger berufen:

1. Auf eine Dienst-Korrespondenzkarte des Oberlokomotivführer Grob, worin die Wittwe Frei zu einem Besuche bei Oberingenieur May eingeladen wird.

2. Auf das mündliche Zeugniß des Lokomotivführer Grob und Ingenieur May dafür, daß der Wittwe Frei bei Anlaß des erwähnten Besuches gewisse Unterstützungsbeiträge in Conto der zu bezahlenden Entschädigung offerirt worden seien.

Digitized by Google

3. Auf eine schriftliche Erklärung des Werkstättekassiers der Nordostbahn, dahin gehend, daß er der Wittwe Frei vom Dezember 1876 bis und mit August 1877 zufolge Bewilligung der Direktion à conto ihrer Entschädigungsforderung im Ganzen 950 Franken habe zukommen lassen.

4. Auf einen Auszug aus dem Armenprotokoll der Gemeinde Außersihl, worin gesagt ist, daß Nordostbahndirektor Peter bei einer mündlichen Besprechung mit Pfarrer Egli in Außersihl diesem gegenüber die Entschädigungspflicht unbedingt anerkannt habe; —

5. Auf ein Büchlein, in welches die jeweiligen Unterstützungsbeiträge als Vorschüsse eingetragen worden seien.

6. Auf die persönliche Erklärung des Nordostbahndirektors Peter dafür, daß er die Entschädigungspflicht gegenüber Pfarrer Egli wirklich unbedingt anerkannt habe, und endlich auf Zeugen, sowie allfällige schriftliche Aufträge für die Thatsache, daß die Anweisung der Direktion an ihre Angestellten ausdrücklich dahin gegangen sei, daß die fraglichen Beträge à conto der schuldigen Gesammtentschädigung entrichtet werden sollen; —

I. Die Erheblichkeit der erwähnten Beweisantretung ist vom Vertreter der Beklagten bestritten worden, weil es nur darauf ankomme, ob die Direktion der Nordostbahn durch einen förmlichen Beschluß den Klägern gegenüber die Haftpflicht in rechtsverbindlicher Weise anerkannt habe, diese einzig erhebliche Thatsache aber durch alle die gestellten Beweisanerbieten nicht konstatirt werden könne, weil die der Verabreichung fraglicher Unterstützungsbeiträge allfällig beigefügte Klausel „à conto der zu zahlenden Entschädigung" eben nur für den eventuellen Fall berechnet gewesen sei, daß die Nordosthahn überhaupt zu einer Entschädigung verpflichtet werden sollte.

Die erste Instanz wies mit Urtheil vom 15. September 1877 die Klage wegen mangelnder Passivlegitimation der Beklagten ab, mit folgender Begründung:

1. Beklagterseits wird der Klage vor Allem aus die Einrede der mangelnden Passivlegitimation entgegengesetzt und diese ist in der That auch begründet. Die Klage wird nämlich in rechtlicher Beziehung hergeleitet aus dem Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschifffahrtsunternehmungen bei Tödtungen und Verletzungen, vom 1. Juli 1875. Als verpflichtetes Subjekt für Schadenersatzansprüche aus Tödtungen und Verletzungen beim Bau und Betriebe einer Eisenbahn ꝛc. bezeichnet das erwähnte Gesetz in Artikel 1 ausdrücklich die

Digitized by Google

konzessionirte Unternehmung und in Artikel 2 etwas allgemeiner die Transportanstalt. Der Ausdruck: „Die konzessionirte Unternehmung" ist so deutlich, daß darunter absolut kein anderes Rechtssubjekt verstanden werden kann, als dasjenige, welchem die staatliche Bewilligung zum Bau der Eisenbahn ertheilt worden ist und auf dessen Namen und Rechnung demgemäß der Bau ausgeführt wird. Die Bezeichnung Transportanstallt mag als eine weniger genaue bezeichnet werden, weil man darunter bei einer bloß wörtlichen Interpretation nicht nur die konzessionirte Unternehmung, sondern überhaupt jede, sei es physische oder juristische Person, welche, wenn auch nur faktisch, den Betrieb einer Eisenbahn leitet, verstehen kann. Allein es ist doch von vornherein klar, daß die Verschiedenheit in der Bezeichnung des verpflichteten Subjektes, wie uns dieselbe in den zwei erwähnten Gesetzesartikeln gegenüber tritt, einen rein redaktionellen Charakter hat; dagegen die beiden Ausdrucksweisen r e c h t l i c h durchaus das gleiche Subjekt, nämlich dasjenige, auf dessen Namen und für dessen Rechnung die Transportanstalt gebaut oder betrieben wird, also das konzessionirte Unternehmen im Auge haben.

Sollte übrigens diese Auffassung noch einer weitern, speziell juristischen Begründung bedürfen, so liegt dieselbe gewiß in dem bloßen Hinweis auf die Thatsache, daß die Transportanstalt eben nur in ihrem Inhaber ein Rechtssubjekt hat und als Inhaber im juristischen Sinne Niemand Anderes als der Konzessionär erscheint.

2. Der in Frage stehende Unglücksfall ist nun arrivirt bei einer Manipulation, die zum Bau oder Betriebe des Eisenbahnunternehmens Wädensweil-Einsiedeln gehört, und weil dieses ein selbstständig konzessionirtes Unternehmen ist und nicht der Nordostbahn, sondern der Aktiengesellschaft Wädensweil-Einsiedeln gehört, so ist nach dem Gesagten auch nur diese die richtige Beklagte. Dagegen wendet man nun freilich ein, dieser Standpunkt sei deshalb ein unrichtiger, und die Nordostbahn deswegen die richtige Beklagte, weil sie nach Artikel 13 des zwischen ihr und der Aktiengesellschaft Wädensweil-Einsiedeln zu Stande gekommenen Vertrages die Vertretung der Letztern in allen auf den Bau und Betrieb bezüglichen Angelegenheiten nach Außen übernommen habe und dieser Vertrag von der Bundesversammlung genehmigt worden sei. Allein darauf ist mit Recht replicirt worden, daß die Kläger jene Vertragsbestimmungen, weil aus dem Rechte eines Dritten hergeleitet, überall nicht für sich in Anspruch nehmen können. Mag der erwähnte Vertrag,

Digitized by Google

wie es der Vertreter der ersten Litisdenunciatin thut, ein Werkvertrag genannt oder mag ihm eine andere rechtliche Qualifikation beigelegt werden, so statuirt derselbe doch immer nur ein Rechtsverhältniß zwischen den Kontrahenten. Daraus aber folgt, daß die Kläger als dritte Personen aus demselben keinerlei Rechte ableiten können. Wenn man sich aber dieser Auffassung gegenüber auf die Thatsache beruft, daß jener Vertrag von den Bundesbehörden genehmigt worden sei und daran die rechtliche Schlußfolgerung knüpft, es habe derselbe damit eine öffentlich-rechtliche Bedeutung erhalten, so ist darauf nur zu bemerken, daß diese öffentlich-rechtliche Bedeutung eben bloß einen beschränkten Charakter hat. Dieselbe kann niemals in dem Sinne verstanden, resp. ausgedehnt werden, daß nun jede Privatperson bezüglich aller derjenigen gesetzlich normirten Verpflichtungen, welche die Rechtsverhältnisse der Kontrahenten nach Außen beschlagen, neben den Letztern gleichsam als mitberechtigtes Subjekt auftreten könne. In dieser Beziehung ist vielmehr bloß so viel richtig: Bau und Betrieb einer Eisenbahn sind staatshoheitliche Rechte; wer folglich eine Eisenbahn bauen und betreiben will, der bedarf dazu der staatlichen Bewilligung. Eine weitere Konsequenz dieses Satzes ist aber auch die, daß wenn der Konzessionär einzelne in der Konzession niedergelegte Rechte oder auch aus deren Ausübung auf einen Andern übertragen will, er dieß wiederum nur mit staatlicher Genehmigung thun kann. Wird die Konzession in ihrer Gesammtheit auf einen Dritten übergetragen, oder werden ihm wenigstens einzelne Rechte in soto abgetreten, so stellt sich dieser Dritte gerade wie der ursprüngliche Erwerber der Konzession als eigentlichen Konzessionär dar und ist in dieser Eigenschaft **dem Staate gegenüber** auch für die Erfüllung aller derjenigen Verpflichtungen verantwortlich, welche mit den konzedirten Rechten in Verbindung stehen. Einem solchen Vertrag nun, der die Uebertragung einer Konzession in ihrer Gesammtheit oder einzelner darin enthaltener Rechte zum Gegenstand hat, kann man sagen, kommt öffentlich rechtliche Bedeutung zu; allein das ist nur deßhalb und insofern richtig, als der Erwerber bezüglich aller mit den konzedirten Rechten verbundenen konzessionsgemäßen Verpflichtungen nicht nur gegenüber seinen Mitkontrahenten sondern auch **gegenüber dem Staat,** als dem Verleiher der Konzession, obligirt ist. Aber auch da, wo der ursprüngliche Erwerber der Konzession Konzessionär bleibt, wie in concreto, und auch alle mit der Konzession verbundenen Rechte an sich zurückbehält, dagegen die Ausübung derselben auf bestimmte Zeit einem Dritten überträgt, ist dieser

Digitized by Google

bezüglich derjenigen konzessionsgemäßen Verpflichtungen, welche mit den konzedirten Rechten zusammenhängen, nicht nur seinem Mitkontrahenten, sondern auch dem Staate gegenüber obligirt, weil der Letztere vermöge des ihm zustehenden, gleichsam einen dinglichen Charakter an sich tragenden Hoheitsrechtes gegenüber jedem die Erfüllung der konzessionsgemäßen Verpflichtungen verlangen kann, der das staatlich verliehene Recht, wenn auch nur faktisch, ausübt. Deßhalb kann man auch einem derartigen Vertrag, wie dem vorliegenden zwischen der Nordostbahn und der Aktiengesellschaft Wädensweil-Einsiedeln, einen öffentlich-rechtlichen Charakter beilegen, aber immer nur im Sinne der oben erwähnten Ausführung. Bloße Privatpersonen haben auch hier überall keine selbstständigen Rechte auf Beobachtung der konzessionsgemäßen Verpflichtungen von Seite der Eisenbahngesellschaften, sondern sie können höchstens die Bundesbehörden darauf aufmerksam machen, wenn sie eine Verletzung dieser Verpflichtungen wahrgenommen zu haben glauben, und Sache dieser ist es dann, für die Abhülfe besorgt zu sein. Noch viel weniger kann einer Privatperson das Recht zugestanden werden, zwischen einem konzessionirten Unternehmen und einem Dritten vereinbarte Vertragsbestimmungen über die Erfüllung gesetzlich normirter Verpflichtungen direkt für sich in Anspruch zu nehmen, resp. aus denselben selbstständige Rechte abzuleiten. Von einer öffentlich-rechtlichen Bedeutung des Vertrages zwischen der Nordostbahn und der Aktiengesellschaft Wädensweil-Einsiedeln in diesem Sinne kann also unter allen Umständen keine Rede sein. Die aus den Spezialgesetzen über Verhältnisse dritter Personen zu den Eisenbahngesellschaften folgenden Verpflichtungen der Letztern haben ihren selbstständigen Entstehungsgrund eben gerade und nur in diesen Gesetzen und sind nicht gegeben durch den Konzessionsakt als solchen. Dieser bildet nur die Veranlassung dazu, daß der Konzessionär jenen Gesetzen und den daraus folgenden Verpflichtungen unterworfen wird. Daraus aber folgt, daß diese letztern weder durch die Konzession, noch die Genehmigung einer Uebertragung derselben in irgend welcher Form abgeändert oder erweitert werden können, sondern eine solche Abänderung oder Erweiterung wiederum nur auf dem Wege der Gesetzgebung möglich ist. Wollte man nun aber den Satz aussprechen, die Genehmigung des Vertrages zwischen der Nordostbahn und der Aktiengesellschaft Wädensweil-Einsiedeln durch die Bundesbehörden involvire die rechtliche Wirkung, daß jeder Dritte auf Grund des Artikel 13 des citirten Vertrages die Nordostbahn in's Recht fassen könne, so würde damit jener Genehmignng die rechtliche Bedeutung

Digitized by Google

einer Erweiterung des eidgenössischen Haftpflichtgesetzes in dem Sinne zugestanden, daß dem Publikum als verpflichtetes Subjekt nicht nur das konzessionirte Unternehmen, die Aktiengesellschaft Wädensweil-Einsiedeln, sondern überdem noch eine dritte Person, von welcher das Gesetz nichts sagt, die Nordostbahn, bezeichnet würden; aus den obigen Ausführungen folgt nun aber, daß der citirten Genehmigung niemals eine öffentlich-rechtliche Bedeutung im Sinne einer Erweiterung des Gesetzes beigelegt werden kann und darf. Den Bundesbehörden ist es gewiß auch nie eingefallen, einen derartigen Satz auszusprechen. Für sie stellte sich die Frage einfach dahin: Enthält der Vertrag irgend eine der Konzession oder dem Eisenbahngesetze widersprechende Bestimmung, wenn ja, so kann die Genehmigung nicht ertheilt werden, verneinendenfalls aber steht derselben nichts entgegen. Fassen wir nun aber an Hand dieser Betrachtung die Stellung ins Auge, welche die Bundesbehörden zu dem Artikel 13 eingenommen haben, so ist dieselbe gewiß klar genug dahin vorgezeichnet, daß sie sich gesagt haben, dieser Artikel enthalte weder eine Konzessions- noch Gesetzesverletzung und deßhalb möge er zu Recht bestehen; es sei somit zulässig, wenn die Nordostbahn an Stelle der Gesellschaft Wädensweil-Einsiedeln dritten Personen in's Recht antworten wolle, sofern es diesen besser konvenire, sich an sie zu halten, anstatt an die gesetzlich pflichtige, konzessionirte Unternehmung.

3. Wenn nun aber auch aus dem Gesagten folgt, daß die Haftpflicht der Beklagten weder unmittelbar aus dem bezüglichen eidgenössischen Spezialgesetz, noch aus dem Vertrag zwischen ihr und der Aktiengesellschaft Wädensweil-Einsiedeln abgeleitet werden kann, so ist damit doch der definitive Ausschluß derselben noch nicht bewiesen, sondern es kommt bei der vorliegenden Aktenlage weiter in Frage, ob sich die Nordostbahn in concreto nicht deßhalb belangen lassen müsse, weil sie den Klägern gegenüber die Haftpflicht im Prinzipe anerkannt habe. Allein auch darauf muß eine verneinende Antwort gegeben werden, weil in That und Wahrheit eine solche sowohl die Passivlegitimation als die materielle Schuldpflicht begründende Anerkennung ab Seite der Beklagten nicht vorliegt.

4. Diese doppelte Anerkennung wird nämlich abgeleitet aus der aktengemäßen Thatsache, daß Wittwe Frei von der Nordostbahn vom Dezember 1876 bis August 1877 periodische Unterstützungen im Gesammtbetrage von Fr. 950 erhalten hat, allein mit Unrecht. Die Akten zeigen im Gegentheil zur Evidenz, daß man beklagterseits überall nicht daran gedacht hat, mit diesen

Digitized by Google

Unterstützungen den Klägern gegenüber in rechtsverbindlicher Weise eine Schuldpflicht anzuerkennen, sondern die Frage der Haftpflicht immer noch als eine offene betrachtet hat und einfach davon ausgegangen ist, daß wenn dieselbe einmal gütlich oder rechtlich festgestellt werden sollte, dannzumal die geleisteten Beiträge allerdings als Vorschüsse à conto der zu bezahlenden Gesammtentschädigung gelten, für den andern Fall aber als Geschenk betrachtet werden sollen. Für die Richtigkeit dieser Auffassung spricht schon der Umstand, daß die Nordostbahn eine rechtsverbindliche Anerkennung der Schuldpflicht ohne Zustimmung der Unfallsversicherungsgesellschaft gar nicht aussprechen konnte, wenn sie nicht das Risiko übernehmen wollte, ihrer Rechte aus dem Versicherungsvertrag gegenüber der Letztern verlustig zu werden, und nun höchst unwahrscheinlich ist, daß es ihr je eingefallen sei, dieses Risiko durch eine voreilige rechtsverbindliche Anerkennung der Haftpflicht auf sich zu nehmen. Das Gegentheil, nämlich, daß die Nordostbahn die förmliche Anerkennung einer Schuldpflicht von Anfang an von den Entschließungen der Unfallsversicherungsgesellschaft abhängig gemacht hat und daß daher eine solche, weil die Letztern negativ ausgefallen sind, überall nicht vorliegt, geht übrigens gewiß unzweideutig genug aus den beiden Briefen und dem Auszug aus dem Protokoll der Armenpflege Außersihl hervor. Die letzterwähnte Urkunde zeigt nämlich, daß Pfarrer Egli als Vertreter der Kläger schon Ende 1876 mit Nordostbahndirektor Peter betreffend die Bezahlung einer Entschädigung unterhandelt und von diesem zur Einreichung einer Forderungseingabe aufgefordert worden ist. Daß aber diese Aufforderung gerade nur deßhalb geschehen ist, um der Versicherungsgesellschaft eine bestimmte Vorlage machen zu können, folgt unzweideutig aus dem Briefe vom 24. Februar, mit welchem die Direktion dem Pfarrer Egli anzeigt, daß sie von seiner Eingabe eben einfach der genannten Gesellschaft Kenntniß gegeben habe. Entscheidend für den Charakter dieser Unterhandlungen aber ist dann schließlich der Brief vom 26. April; denn dieser beweist, daß die Nordostbahn sich von Anfang an immer auf den Standpunkt gestellt hat, es hänge die Frage, ob und in welchem Umfange eine Entschädigungspflicht in rechtsverbindlicher Weise anerkannt werde, eben einfach von den Entschließungen der Unfallsversicherungsgesellschaft ab, und nun erscheint als maßgebend, daß diese negativ ausgefallen sind, deßhalb die Haftpflicht in jenem Briefe definitiv abgelehnt und vorher nie anerkannt worden ist. Ein weiteres durchaus schlüssiges Moment für die entwickelte Auffassung liegt ferner darin, daß die Verabreichung kleinerer Beiträge an die

Digitized by Google

Familie Frei auch nach dem 26. April, dem Zeitpunkte der definitiven Ablehnung der Haftpflicht, fortgesetzt worden ist; denn dieser Umstand zeigt klar, daß eben die nächste Veranlassung zur Verabfolgung der Unterstützungen lediglich das Gefühl war, es liege der Nordostbahn gewissermaßen eine Pietätspflicht ob, die Hinterlassenen ihres ehemaligen pflichtgetreuen Angestellten, der sein Leben in ihrem Dienste verloren hat, wenigstens vor Noth zu schützen, daß man sich aber gleichzeitig die Verrechnung dieser Unterstützungen für den Fall vorbehalten hat, als auf gütlichem oder rechtlichem Wege eine Schuldpflicht konstatirt werden sollte. Denn unter allen Umständen ist so viel klar, daß man mit den n a ch definitiver Ablehnung der Schuldpflicht verabreichten Beiträgen die letztere nicht anerkennen wollte; hatte es aber bei diesen die angeführte Meinung, so ist gewiß auch der Schluß gerechtfertigt, daß dasselbe bei den früheren Beiträgen der Fall war. Wenn man dem gegenüber von einer Anerkennung der Haftpflicht ab Seite des Nordostbahndirektor Peter spricht, so ist darauf zu bemerken, daß eine für die beklagte Gesellschaft rechtsverbindliche Anerkennung jedenfalls nur durch einen Beschluß der gesammten Direktion hätte ausgesprochen werden können und die bezüglichen Erklärungen des Herrn Peter, nach allem, was vorliegt, offenbar nichts Weiteres als eine persönliche unverbindliche Meinungsäußerung über die Anwendbarkeit des Haftpflichtgesetzes enthalten haben.

5. Der Umstand, daß sich der Unfall, bei welchem Frei das Leben verloren hat, vielleicht nicht mehr auf dem Gebiete der Wädensweil-Einsiedler-, sondern auf demjenigen der Nordostbahn zugetragen hat, ist selbstverständlich überall nicht geeignet, die Passivlegitimation der Beklagten zu begründen, denn diesfalls ist für die Frage, ob die Nordostbahn oder die Aktiengesellschaft Wädensweil-Einsiedeln haftpflichtig sei, einzig entscheidend, ob die unglückliche Katastrophe zum Bau oder Betriebe der erstern oder der letztern Transportanstalt gehöre, und nun stehe fest, daß dieselbe zum Bau oder Betrieb der Wädensweil-Einsiedlerbahn gehört. Ebenso unerheblich ist es in diesem Zusammenhange, daß Frei Angestellter der Nordostbahn und nicht der Wädensweil-Einsiedlerbahn gewesen ist, weil die Klage nicht aus seinem Vertragsverhältniß zur Erstern, sondern aus dem eidgenössischen Haftpflichtgesetze hergeleitet wird, und wenn endlich der Einrede der mangelnden Passivlegitimation die replicatio doli opponirt wird, so ist nicht recht ersichtlich, worin das dolose Benehmen der Nordostbahn bestehen soll; denn entweder ist die Einrede begründet und damit der Vorwurf des Dolus ohne Weiteres

Digitized by Google

ausgeschlossen, oder sie ist nicht begründet und dann deswegen verworfen, ohne das es eines Dolus bedarf; wie bereits ausgeführt wurde, tritt nun aber der erstere Fall ein.

6. Nach dem Gesagten muß die Klage abgewiesen werden, weil — auch die materielle Begründetheit derselben vorausgesetzt — nicht die in's Recht gefaßte Nordostbahn, sondern die Aktiengesellschaft Wädensweil-Einsiedeln ersatzpflichtig ist.

Bei dieser Sachlage könnte nun zwar das Gericht von der Prüfung der materiellen Frage gänzlich absehen, allein dasselbe erachtet es schon deswegen für angemessen, seine Ansicht auch darüber auszusprechen, damit die zweite Instanz für den Fall, daß sie entgegen der diesseitigen Auffassung die Nordostbahn als die richtige Beklagte ansehen sollte, auch in materieller Beziehung eine erstinstanzliche Auffassung vor sich hat. Vor Allem aus steht nun in dieser Richtung als allgemein notorische und übrigens auch durch die Strafuntersuchuug hergestellte Thatsache fest, daß Hs. Rudolf Frei in der Eigenschaft als Heizer an der Probefahrt vom 30. November 1876 Theil genommen und bei dieser, resp. in Folge der dabei eingetretenen Katastrophe sein Leben verloren hat. Der klägerische Vertreter hat dießfalls mit vollem Recht seine Verwunderung darüber ausgesprochen, daß die Nordostbahn, resp. ihr Vertreter, es nicht über sich gebracht hat, dieses allgemein und wohl am allerbesten der Beklagten bekannte Faktum rund und unumwunden anzuerkennen. Nun entsteht aber die weitere Frage, ob diese Thatsache für sich allein schon zur Fundirung der Klage genüge. Die Antwort hängt davon ab, ob die Probefahrt vom 30. November 1876 eine zum Eisenbahn*bau* oder zum Eisenbahn*betriebe* gehörende Manipulation sei.

Im ersten Fall ist die Frage zu verneinen, weil dannzumal das Klagebegehren nur auf den Artikel 1 des eidgenössischen Haftpflichtgesetzes basirt werden kann, dieser aber zur Begründung der Haftpflicht der konzessionirten Unternehmung nicht nur die Thatsache der Tödtung oder Verletzung beim Bau einer Eisenbahn, sondern überdem den Nachweis einer Verschuldung der konzessionirten Unternehmung oder ihrer Angestellten verlangt. Als zweite Voraussetzung der Klage müßten also die Kläger in diesem Falle noch das Vorhandensein einer solchen Verschuldung konstatiren.

Rechnet man dagegen die Probefahrt zum Eisenbahn*betriebe*, so bildet der Artikel 2 des erwähnten Haftpflichtgesetzes das rechtliche Klagefundament; nach diesem aber folgt die Haftpflicht der Transportanstalt an und für sich schon aus der nachgewiesenen Tödtung und ihrem Zusammenhange mit der erwähnten Probe-

Digitized by Google

fahrt. Allerdings fällt dieselbe auch in diesem Falle weg, wenn der Unfall durch Selbstverschulden des Getödteten oder Verletzten oder durch höhere Gewalt oder durch Versehen und Vergehen der Reisenden oder anderer bei der Transportanstalt nicht angestellter Personen und ohne eigenes Mitverschulden der Letztern verursacht worden ist. — Allein es ist nicht Sache der Klage, das Nichtvorhandensein dieser Voraussetzungen herzustellen, sondern Sache der beklagten Transportanstalt, das Vorhandensein derselben nachzuweisen, weil in dem Vorbringen einer solchen Thatsache nach dem Wortlaute des Gesetzes eine Einrede erblickt werden muß.

8. Die Frage nun, ob eine Probefahrt zum Eisenbahnbau oder Eisenbahnbetrieb gehöre, muß in ersterm Sinne entschieden werden. Das Gesetz stellt Bau und Betrieb der Eisenbahn einander gegenüber, nicht neben einander. Daraus folgt, daß der letztere nach der Meinung des Gesetzes erst da beginnt, wo der erstere aufhört; eine weitere Konsequenz dieses Satzes aber ist, daß der Gesetzgeber alle Manipulationen von dem Begriffe „Betrieb" ausgeschlossen wissen will, welche in die Zeit vor der vollständigen Fertigstellung und Verkehrsübergabe des Bahnkörpers fallen, also unter dem Ausdrucke „Betrieb" absolut nichts Anderes als die Benutzung des vollendeten Schienenweges zum Zwecke des Transportes von Personen und Sachen versteht. Uebrigens folgt die Richtigkeit dieser Auffassung schon daraus, daß man unter einer Eisenbahn, von deren Betrieb daß Gesetz spricht, doch kaum einen unvollendeten Schienenweg, der erst eine Eisenbahn werden soll, sondern einzig und allein einen vollkommen fertig erstellten, erprobten und verkehrsfähigen Bahnkörper verstehen kann. Angesichts dieser Ausführungen stellt sich die Frage für den vorliegenden Fall einfach so: ist eine Probefahrt der Schlußakt des Eisenbahnbaues oder ist sie die erste Betriebsmanipulation. Darauf aber muß unzweifelhaft in ersterem Sinne entschieden werden. Dagegen mag man einwenden, die Probe setze ja gerade einen fertigen Bau voraus, allein dieser Satz ist nur scheinbar richtig, in That und Wahrheit soll dieselbe erst konstatiren, ob er fertig, das heißt vollkommen und zweckentsprechend sei, und gerade von ihrem Resultat hängt es ab, ob noch etwas gemacht werden muß oder nicht; erst nach gut bestandener Probe kann man also sagen, der Bau sei fertig, und deßhalb darf man eigentlich nicht einmal jede Probefahrt als Schlußakt des Baues bezeichnen, sondern nur die gutbestandene, welche in Folge ihres günstigen Resultates die Verkehrseröffnung zur Folge hat. Der Beginn des Betriebes, das heißt des eigentlichen

Digitized by Google

Transportes von Personen und Sachen, folgt erst auf die Probefahrt, weil er gerade den günstigen Ausgang der letztern zur Voraussetzung hat.

9. Nach diesen Ausführungen gehört der Nachweis einer Verschuldung der konzessionirten Unternehmung oder irgend einer von ihr zur Probefahrt verwendeten Person zum Fundament der Klage; dieser Nachweis aber liegt in dem Gutachten des Professor Sternberg, weil daraus resultirt, daß die Verursachung des Unglücksfalls der fehlerhaften Führung der Lokomotive zugeschrieben werden muß, und diese in der That eine verschuldete ist. Allerdings sagt der gleiche Experte, es könne die Handlungsweise des Lokomotivführer Haueter nicht als eine Fahrlässigkeit bezeichnet werden, allein wenn man auch diesen Satz im Sinne des Strafrechtes gelten lassen will, so kann demselben doch nicht beigepflichtet werden, soweit es sich blos um eine civilrechtliche Fahrlässigkeit handelt, und das ist in concreto der Fall. Es mag zwar durchaus richtig sein, daß man dem Haueter deswegen nicht wohl einen Vorwurf machen kann, daß er während der sozusagen blitzschnellen Thalfahrt, also gerade in dem äußerst kurzen und doch entscheidenden Momente, das richtige Mittel nicht erkannt hat, allein der Vorwurf trifft nicht nur ihn, sondern noch mehr seine damaligen Vorgesetzten, den Oberingenieur May und Kantonsingenieur Wethli, daß man sich nicht vor dem Beginn der Fahrt in allen Richtungen über die Art und Weise der Lokomotivführung volle Klarheit verschafft hat. Es handelte sich um eine Probefahrt und schon deswegen hatte man alle Veranlassung, in allen Richtungen die höchste Sorgfalt zu beobachten, die Art und Weise, wie jeder Einzelne an seiner Stelle handeln müsse, genau zu erwägen und festzustellen. Die Veranlassung, in dieser Weise vorzugehen, war um so dringender und gebotener, als es sich auch um das Befahren eines Bahnkörpers handelte, der nach einem ganz neuen System gebaut worden ist, und als ferner die in Betracht kommenden Gefällsverhältnisse außergewöhnliche sind. Es lag doch gewiß nahe, sich vor dem Beginn der Fahrt die Frage vorzulegen: wie hat der Lokomotivführer zu handeln, wenn der Zug in ungewöhnlichen Lauf gerathen sollte; scheint die Verwendung des Gegendampfes geboten oder nicht, und eventuell in welchem Umfange. Die Expertise zeigt, daß wenn dieß geschehen wäre, man auch das Richtige gefunden hätte; daß aber die Unterlassung dieser Vorsichtsmaßregel eine civilrechtlich verbindliche Nachlässigkeit der bei der Probefahrt betheiligten sachverständigen Personen war, kann nach dem Gesagten keinem Zweifel unter-

Digitized by Google

liegen. Zur Anordnung einer Oberexpertise wäre nur dann Veranlassung vorhanden, wenn sich das vorliegende Gutachten des Professors Sternberg als ein unvollständiges, lückenhaftes, nicht alle in Betracht kommenden Verhältnisse auffassendes darstellen würde, oder wenn man dem Experten Mangel an Kenntniß oder Befangenheit vorwerfen könnte, allein von Allem dem liegt das direkte Gegentheil vor. Die Nordostbahn hat es gar nicht gewagt, dieses Gutachten auch nur im Geringsten anzufechten, und doch wäre es gerade ihr, die über eine Reihe sachverständiger Ingenieure zu verfügen hat, am Leichtesten gewesen, dieß zu thun, wenn eben das Gutachten Stoff zu einer Anfechtung geboten hätte. Sie hat es entgegen ihrer prozessualischen Verpflichtung unterlassen, den Antrag auf Anordnung einer Oberexpertise irgendwie zu motiviren, und deswegen kann demselben auch keine Folge gegeben werden. Sodann ist wohl zu beachten, daß eine Oberexpertise auch gar kein anderes thatsächliches Fundament hätte, als der erste Experte, weil dieses gegeben ist durch die Strafuntersuchung und die Resultate eines Augenscheins, die Ergebnisse der erstern aber von Sternberg vollkommen aktengemäß zusammengestellt sind und bezüglich des Augenscheins ein Oberexperte in der Hauptsache wiederum an seinen Befund gewiesen wäre, da die Spuren der unglücklichen Fahrt zur Zeit bereits wieder gehoben sind. Nun bleibt allerdings die Möglichkeit noch offen, daß ein Oberexperte auch bei der Verwerthung des gleichen faktischen Materials zu andern Schlüssen gelangen könnte, allein das ist kein Grund, eine Oberexpertise anzuordnen, weil diese Möglichkeit naturgemäß nie ausgeschlossen ist, also auch wieder dem Befunde einer Oberexpertise entgegengehalten werden könnte.

10. Damit ist zugleich widerlegt, daß der Unfall höherer Gewalt oder einem Selbstverschulden des Getödteten oder einem Versehen Dritter bei der Transportanstalt nicht angestellter Personen zugeschrieben werden kann. Was übrigens speziell das Selbstverschulden des Frei und das Versehen dritter Personen betrifft, so stellt sich die diesfällige Behauptung der Nordostbahn als ein vages, rein in den Tag hinein gemachtes, durch Absolutes nicht unterstütztes Vorbringen dar, das besser unterblieben wäre.

11. Was endlich das Quantitativ betrifft, so kommt in Betracht:

1) Daß Frei eine Familie, bestehend aus einer Frau und zwei unerzogenen Kindern, zu erhalten hatte;

Digitized by Google

2) daß er dieser Pflicht bis zu seinem Tode mit einer Gesammteinnahme von ungefähr Fr. 1800 nachgekommen ist und
3) daß er derselben, aus seinem Alter, seiner Gesundheit und seinem Leumund zu schließen, nach menschlicher Berechnung noch viele Jahre hätte genügen können, währenddem nun Frau und Kinder für diese ganze Zeit brodlos geworden sind.

Für die Zukunft fällt nun allerdings derjenige Betrag außer Ansatz, welchen der Verstorbene von seinem Einkommen für seine eigene Person bedurft hätte, allein anderseits darf man bei der Zukunftsberechnung auch nicht außer Acht lassen, daß Frei, wenn er am Leben geblieben wäre, mit der Zeit wahrscheinlich ein höheres Einkommen erzielt haben würde, und dadurch natürlich auch seine Familienangehörigen besser situirt worden wären. Nun dürfte wohl die Annahme das Richtige sein, daß sich diese beiden Faktoren ungefähr ausgleichen und deshalb durch den Tod des Frei seiner Familie durchschnittlich immerhin ein jährliches Einkommen von zirka Fr. 1800 entzogen worden sei. Wäre nun aber die Beklagte verpflichtet, die Familie Frei in die ökonomische Lage zu versetzen, in welcher sich dieselbe ohne den Tod ihres Ernährers voraussichtlich noch viele Jahre befunden hätte, so müßte man bei jeder Rechnungsweise zu dem Schlusse gelangen, daß die eingeklagte Forderung durchaus nicht übersetzt sei.

Auf die Appellation der Klägerin hob das Obergericht mit Urtheil vom 11. Dezember 1877 das erstinstanzliche Urtheil auf und wies die Akten an die erste Instanz zurück, mit dem Auftrage, in das Materielle der Sache einzutreten. Die Motive dieses Entscheides lauten dahin:

1. Mit der ersten Instanz ist davon auszugehen, daß die Tödtung des Erblassers der Kläger bei einer Verrichtung erfolgte, welche zum Bau, nicht zum Betriebe der Bahn Wädenswei-Einsiedeln gehörte.

Den diesfälligen Argumenten mag nur noch beigefügt werden, daß nach dem Berichte der nationalräthlichen Kommission zum Entwurf des Haftpflichtgesetzes, Bundesblatt 1874, Bd. III., pag. 278, d. d. 20. Oktober 1874, die beiden Fälle mit Absicht und vollem Bewußtsein so auseinander gehalten worden sind, wie dies von der ersten Instanz geschehen ist. Uebrigens ist auch von den Parteien vor diesseitiger Gerichtsstelle eine Widerlegung der bezüglichen erstinstanzlichen Erwägungen nicht ver-

Digitized by Google

sucht worden. Daraus folgt von selbst, daß nach § 1 des Haftpflichtgesetzes (eidg. offiz. Samml., Bd. II., pag. 787) die Eisenbahngesellschaft Wädensweil-Einsiedeln als Konzessionsinhaberin der im Bau begriffenen Bahn nach den Bestimmungen des Gesetzes für den durch das erwähnte Unglück verursachten Schaden haftbar ist.

2. Diese Haftpflicht ist jedenfalls nicht beseitigt durch den von genannter Bahngesellschaft mit der schweizerischen Nordostbahngesellschaft unterm 25. Januar 1875 geschlossenen Vertrag. Denn durch diesen Vertrag ist nicht etwa die Konzession von der erstern auf die letztere Gesellschaft übertragen worden; vielmehr erscheint die letztere lediglich als Vertreterin oder sogar im Dienste der erstern; Konzessionsinhaberin ist also nach wie vor die Wädensweil-Einsiedler-Bahngesellschaft und somit auch sie nach wie vor der Klägerschaft gegenüber verantwortlich. Dagegen kann es sich fragen, ob nicht durch jenen Vertrag die Nordostbahngesellschaft so an die Seite der konzessionirten Gesellschaft getreten sei, daß auch sie eine Haftpflicht gegen Dritte bezüglich des Baues der betreffenden Bahnstrecke übernommen habe, so daß der Klägerschaft die Wahl frei stände, die Konzessionsinhaberin selbst oder die Nordostbahngesellschaft als Bauakkordanten zu belangen.

3. Wenn die erste Instanz dieser Frage vor Allem das Argument entgegenhält, daß eine Privatperson trotz der erfolgten Ratifikation jenes Vertrages durch die Bundesbehörden aus demselben gleich wie aus einer Konzession überall keine selbstständigen Rechte auf Beobachtung der konzessionsgemäßen Pflichten für sich herleiten, noch weniger eine Vertragsbestimmung für sich geltend machen, sondern nur die Bundesbehörden um ihre Aufmerksamkeit ersuchen könne, so ist dieser Argumentation in ihrer Allgemeinheit nicht zuzustimmen. Es ist in Praxis und Wissenschaft längst anerkannt, daß auch Privatpersonen, insofern sie ein Interesse an einer von Amteswegen gegen eine andere Privatperson zu richtenden Verfügung haben, berechtigt werden, an der Seite oder an Stelle der Beamtung gegen jenen Andern aufzutreten.

Ed. Meyer, summarisches Verfahren, pag. 62.
Ullm., zürch. Civilprozeß, pag. 6, Nr. 3.
Schneider, Baurecht, pag. 6.
Gwalter, Zeitschrift, Bd. XVI., pag. 166, Erw. 2 mit einer Menge Citaten, Bd. XVIII., pag. 48, Nr. 15, pag. 19, Nr. 16.
Aber auch abgesehen von der öffentlich-rechtlichen Natur der

Digitized by Google

Konzession könnte nach der herrschenden Ansicht der Dritte selbstständig klagend auftreten, sofern ihm von den Kontrahenten auch ohne seine Mitwirkung ein Klagrecht stipulirt wäre.

Gareis, Verträge zu Gunsten Dritter, pag. 124 ff. und passim.

4. Allein näher betrachtet fällt das betreffende Abkommen gar nicht unter diese Kategorie. Die Genehmigung der Bundesbehörden war nothwendig, weil durch dasselbe der Betrieb der Bahn auf eine der Konzession fremde Gesellschaft übertragen wurde; dagegen war es für die Behörden irrelevant, durch wen die konzessionirende Gesellschaft den Bau ausführen ließ, es ist nicht etwa durch die staatliche Genehmigung die Nordostbahngesellschaft statt der Gesellschaft Wädensweil-Einsiedeln als Inhaberin der Bahn, des Exprotiationsrechtes, als Schuldnerin der gesetzlichen Verpflichtungen, z. B. bezüglich der Konzessionsgebühr oder der Haftpflicht erklärt worden. Aber auch unter sich haben die Kontrahenten nicht verabredet, daß Dritten gegenüber die Nordostbahn für die Verbindlichkeiten der Wädensweil-Einsiedlerbahn haften wolle, sondern nur, daß sie diese vertrete; nach zürcherischem Prozeßrechte aber ist nicht der Vertreter etwa in einer cautio judicatum solvi zu belangen, sondern der Vertretene, und auf diesen das Urtheil zu fällen.

5. Darüber, daß die Beklagte auch nicht durch ihre an die Klägerschaft bereits bezahlten Beträge eine Haftpflicht übernommen oder anerkannt hat, kann wiederum lediglich auf die Erwägungen der ersten Instanz verwiesen werden.

Es bleibt nun aber weiter die Frage zu erörtern, ob die Beklagte nicht dennoch dem Kläger nach den Bestimmungen des Haftpflichtgesetzes verantwortlich sei, weil Frei, wie nicht bestritten ist, durch eine Katastrophe sein Leben eingebüßt hat, welche ihn traf, während er im Dienste der Beklagten und im Auftrage seines von ihr gegebenen Vorgesetzten thätig war.

6. Es ist also die Frage zu beantworten, ob zum Betriebe einer Eisenbahn im Sinne des § 2 des Haftpflichtgesetzes nur das Fahren auf ihrem eigenen Geleise gehöre, oder ob nach der Intention des Gesetzes einer Eisenbahngesellschaft gegenüber derjenige, welcher in ihrem Betriebsdienste steht und dabei verletzt wird, seine Ansprüche auch dann erheben könne, wenn seine Dienstverrichtung und die Verletzung auf einem fremden Geleise stattgefunden hat, also z. B. der Angestellte, der auf Befehl seines Vorgesetzten mit ihrem Zuge auch über ein, oder wie bei einer Rundfahrt auch möglich ist, über mehrere fremde Ge-

Digitized by Google

leise fährt. Diese Frage ist unbedenklich in letzterem Sinne zu entscheiden. Das Haftpflichtgesetz hat nicht beabsichtigt, neben die Bestimmungen über die Haft für aquilische oder kontraktliche Verschuldung etwas Drittes zu setzen; es bestimmt nur, wie im einen oder andern Falle mit Rücksicht auf die besondern Gefahren gewisser Transportanstalten die gewöhnlichen Grundsätze über Schadenersatz zu modifiziren seien, daher auch seine kurze Fassung. Nun ist kein Grund abzusehen, warum beim nämlichen Werkvertrage derjenige Angestellte, welcher zufällig auf dem eigenen Geleise seines Anstellers verletzt wird, anders behandelt werden sollte, als derjenige, welcher von diesem zur Erfüllung seiner Dienstpflicht auf ein fremdes Geleise geschickt und dort verletzt wird. Eine Kognition darüber, wie weit das eigene Geleise und sein Dienst auf diesem gehe, steht ihm nicht zu und wäre ihm oft auch gar nicht möglich; er tritt in kein direktes Vertragsverhältniß zu der fremden Bahn und würde möglicherweise mit ihr, die ja einem insolventen Privatetablissement oder einer insolventen Gesellschaft gehören kann, gar nicht kontrahiren wollen. Ja es wäre unter Umständen z. B., wenn ein Unfall in einem Bahnhofe stattfände, wo sich Geleise verschiedener Bahnen kreuzen, gar nicht möglich, zu entscheiden, auf welchem derselben die Verletzung stattgefunden hätte. Uebrigens spricht auch der Art. 2 des Haftpflichtgesetzes im Gegensatz zu Art. 1 nicht von einer speziellen konzessionirten Unternehmung, sondern allgemein von der Transportanstalt, wie auch § 1 des Haftpflichtgesetzes für das deutsche Reich den Betriebsunternehmer haftbar erklärt. Darnach scheint es am Natürlichsten, daß sich das gesammte Betriebspersonal für Verletzungen, die es wo immer bei seiner dienstlichen Thätigkeit erleidet, an diejenige Gesellschaft halten kann, in deren Dienst es bei der Verletzung gestanden ist.

7. Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die Beklagte auf Grund des § 2 des Haftpflichtgesetzes passiv zur Klage legitimirt ist, und es muß somit auf das Materielle der Klage eingetreten werden. Diesfalls liegt jedoch ein Dispositiv der ersten Instanz nicht vor. Allerdings hätte dieselbe statt der gewählten Form die Klage einfach abweisen können, unbekümmert darum, ob dieselbe vielleicht einem Andern gegenüber begründet wäre; sie hat aber das nicht gethan, sondern durch das Dispositiv ausdrücklich das Eintreten auf die Sache selbst abgelehnt; es rechtfertigt sich daher, den Prozeß an sie zurückzuweisen behufs Erlaß eines Dispositivs über das Materielle der Sache. Daß sie in eventuellen Erwägungen sich auch darüber bereits ausgesprochen hat, kann hiebei nicht in Betracht fallen, da diese Erwägungen

Digitized by Google

für das Dispositiv ganz überflüssig waren und für die zweite Instanz nur letzteres bestimmend ist.

Mit Urtheil vom 13. Februar 1878 hat sodann das Bezirksgericht Zürich die kläger'sche Forderung im Betrage von Fr. 25,000 gutgeheißen.

Die Beklagte ergriff die Appellation und mit Urtheil vom 18. Mai 1878 reduzirte die Appellationskammer die Klagesumme bis auf den Betrag von Fr. 18,000. Die II. Instanz führt in den Erwägungen namentlich aus, daß keine vis major vorliege.

Literarische Anzeigen.

Dr. J. Dubs. Das öffentliche Recht der schweizerischen Eidgenossenschaft. Dargestellt für das Volk. Theil I. (Allgemeine Einleitung und Kantonalstaatsrecht). Zürich, Orell Füßli & Comp., 1877.*)

Von der Ueberzeugung durchdrungen, daß es speziell in einem demokratischen Staat nothwendig sei, die öffentlichen Rechtseinrichtungen des Landes dem Verständniß des Volkes nahe zu bringen, hat Herr Dubs, gegenwärtig Mitglied des schweizerischen Bundesgerichts, es unternommen, das gesammte öffentliche Recht der Eidgenossenschaft „für das Volk" darzustellen. Der vorliegende erste Band enthält neben einer allgemeinen Einleitung über die Grundbegriffe Recht und Staat und ihr Verhältniß zu einander eine Darstellung des Staatsrechts der Kantone; das Bundesstaatsrecht und die völkerrechtlichen Verhältnisse der Schweiz sollen in zwei weiteren Bänden behandelt werden.

Einen Gegenstand wie das Staatsrecht populär und doch gediegen darzustellen, gehört sicherlich zu den schwierigsten und wohl kaum jemals in vollendeter Weise zu lösenden Aufgaben; denn jede tiefergehende Betrachtung staatsrechtlicher Prinzipien und Institutionen setzt zu ihrem Verständniß eine Bildung und Schulung des Geistes voraus, welche sich bei der großen Masse des Volkes nicht finden. Diese Thatsache erklärt es, daß, von der Befähigung ganz abgesehen, die gelehrten Juristen wenig Neigung zu volksthümlicher Behandlung des öffentlichen Rechts

*) Von dem nämlichen Buche ist auch eine sehr anerkennende Anzeige erschienen von Prof. Dr. Ph. Zorn in Königsberg in der Literaturzeitung Jahrg. 1878, Artikel 81.

Digitized by Google

besitzen und daß die in Deutschland und in der Schweiz vorhandenen populären Bearbeitungen des öffentlichen Rechts meist unreife Produkte wissenschaftlich unreifer Köpfe sind. Durch die letztere Sorte von Schriften, zu welchen leider nicht selten auch Studirende der Rechtswissenschaft in Examen-Nöthen ihre Zuflucht nehmen, wird aber der Zweck: Förderung der politischen Bildung des Volkes nicht nur nicht erreicht, sondern geradezu das Gegentheil: politische Verbildung erzielt. Man muß es daher, selbst wenn man von dem Gedanken einer Popularisirung des öffentlichen Rechts nicht viel hält, mit lebhafter Freude begrüßen, wenn, wie im vorliegenden Falle, ein hervorragender Jurist und bewährter politischer Schriftsteller eine volksthümliche Darstellung des spröden Stoffes unternimmt. Daß Herr Dubs eine gehaltvolle staatsrechtliche Arbeit liefern würde, war bei seinem Scharfsinn, seinem umfassenden theoretischen Wissen und seiner reichen politischen Erfahrung von vornherein zu erwarten. In der That hat die vorliegende Schrift nichts gemein mit den vorhin charakterisirten populären Machwerken, sondern ist durchaus wissenschaftlich gedacht und gearbeitet. Ob die Darstellung auch durchgängig den wünschbaren Grad von Gemeinverständlichkeit erreicht hat, vermag ein zünftiger Jurist, wie der Referent, im Grunde nicht in kompetenter Weise zu beurtheilen. Ihering sagt in seinem jüngst erschienenen Buch: „Der Zweck im Recht", daß derjenige, welcher eine volksthümliche Darstellung des Rechts und des Staats unternimmt, wie ein Philosoph denken und wie ein Bauer schreiben müsse. Dieser Ausspruch ist etwas scharf zugespitzt, aber in seinem Kerne gewiß richtig. Herr Dubs, so will uns scheinen, denkt nicht nur wie ein Philosoph, sondern schreibt auch in seinem Buch noch häufig wie ein solcher. Wir machen ihm indessen daraus keinen Vorwurf, denn wir halten es für besser, wenn auch bei volksthümlichen Darstellungen des öffentlichen Rechts etwas größere Anforderungen an die Denkkraft der Leser gestellt werden, als wenn die Gediegenheit der leichten Faßlichkeit zum Opfer gebracht oder gar durch hohle patriotische und politische Phrasen ersetzt wird. Mit Recht wendet sich der Verfasser in der Vorrede scharf gegen jene Art von populärer Schriftstellerei, welche viel in patriotischer Phrase macht, aber Herz und Geist gleich leer läßt. „Meines Erachtens", sagt er, „ist gerade bei uns die politische und patriotische Phrase, zumal für die Jugend, zu einer wahren Landespest geworden, und es war mein Hauptbestreben, dieser auf allen Punkten entgegen zu wirken dadurch, daß ich den Leser mehr in die den Institutionen zu Grunde liegende Gedankenwelt einführe und ihn zum eigenen

Digitized by Google

politischen Denker anleite." Die Dubs'sche Schrift ist aber nicht nur frei von Phrase, politischer und patriotischer, sondern auch frei in der Beurtheilung der maßgebenden Verhältnisse, was in einer Zeit, wo die politische Wohldienerei leider auch in der Demokratie stark in Blüthe steht, doppelt werthvoll ist. Dieser Freimuth zeigt sich namentlich in den sehr beachtenswerthen kritischen Bemerkungen politischer Natur, mit welchen der Verfasser die Darstellung der einzelnen staatsrechtlichen Institute begleitet. Daß dieser Freimuth ein Ausfluß wahrer Liebe zum Vaterlande und seinen demokratischen Einrichtungen ist, geht aus der ganzen Darstellung hervor und wird auch wohl nur von denjenigen Leuten bestritten werden, welche den Patriotismus darin erblicken, Alles, was der herrschenden politischen Partei angenehm ist, kritiklos zu billigen.

Bei aller Tüchtigkeit im Ganzen zeigt das Dubs'sche Buch im Einzelnen auch manche Schwächen. Den grundlegenden Erörterungen über Recht und Staat und deren Verhältniß zu einander fehlt es zum Theil an Schärfe und Klarheit. Dies gilt besonders von den Betrachtungen über den Zweck des Staats. In Bezug auf das Verhältniß von Recht und Staat bekämpft der Verfasser die in neuerer Zeit förmlich zur Mode gewordene Theorie, welche den Rechtsbegriff schlechthin aus dem Staatsbegriff ableitet, in dem Staat die einzige Quelle des Rechts erblickt und damit den Staat selbst außerhalb des Rechts stellt. Es ist zu bedauern, daß der Verfasser in Folge der durch den Zweck seiner Schrift gebotenen Kürze verhindert worden ist, die verkehrte Theorie eingehender zu widerlegen. Der Einwand, daß die Anhänger dieser Theorie bezüglich des Völkerrechts rathlos seien, reicht nicht aus. Man leugnet entweder flottweg die Existenz eines Völkerrechtes oder stellt, wie dies jüngst ein Kritiker des Dub'schen Buches gethan, die mehr kühne als besonnene Behauptung auf, daß das Völkerrecht auf Basis des Einzelstaats konstruirt werden müsse. — Die Erörterungen über den Begriff der Souveränität, welche der Verfasser an die Spitze der Darstellung des kantonalen Staatsrechts gestellt hat, sind zwar in mancher Hinsicht interessant, doch macht sich hier die oben gerügte ungenügende Bestimmung des Staatszwecks, sowie der Mangel einer scharfen Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Schranken der Souveränität sehr fühlbar. Vielleicht wäre dieser Fehler vermieden worden, wenn der Verfasser den Souveränitätsbegriff im Zusammenhang mit der in der Einleitung behandelten Lehre vom Staat erörtert hätte, was auch sachlich und systematisch geboten war. Vollständig einverstanden sind

Digitized by Google

wir mit dem Verfasser, daß, sobald man dem Staat eigene Persönlichkeit beilegt, man auch nur von einer Souveränität des Staats und nicht von einer Souveränität des Fürsten oder des Volkes über den Staat reden darf. Der Fürst in der Monarchie und das Volk oder richtiger die Aktivbürgerschaft in der Demokratie sind nur Repräsentanten der Staatssouveränität. Dagegen vermögen wir die Konsequenzen, welche Dubs aus diesem Gedanken hinsichtlich der Verantwortlichkeit der Repräsentanten der Staatsgewalt, sowie hinsichtlich des Widerstandsrechts der Bürger ableitet, durchaus nicht als richtig anzuerkennen. Gegen des Verfassers privatrechtliche Konstruktion des Beamtenverhältnisses und Beamtenrechts in der Demokratie lassen sich schwerwiegende Bedenken geltend machen. Auch die Darstellung der „Rechte und Freiheiten der Bürger" scheint uns nicht vollständig gelungen. So ist es uns ganz unbegreiflich, wie der Verfasser aus der in der Bundesverfassung proklamirten Abschaffung der Todesstrafe ein Recht der Schweizer auf Leben ableiten konnte. Mit gleichem Recht ließe sich aus dem in der Bundesverfassung aufgestellten Verbot der Prügelstrafe ein Grundrecht der Bürger, nicht geprügelt zu werden, deduziren, wie denn auch einst Stahl, freilich nur spöttisch, mit Bezug auf die Beseitigung der Todesstrafe durch die deutsche Reichsverfassung von 1848 von einem Grundrecht der Deutschen, nicht geköpft zu werden, sprach.

Trotz der angedeuteten Schwächen darf, wir wiederholen es, die Dubs'sche Schrift als eine höchst werthvolle Leistung bezeichnet werden, welche sicherlich den vom Verfasser angestrebten Zweck, die Kenntniß des öffentlichen Rechts in weitere Kreise zu tragen und dadurch die politische Bildung des Volkes zu heben und zu klären, erreichen wird. Für den deutschen Leser erscheint dieselbe als ein vorzügliches Mittel, sich in den komplizirten staatsrechtlichen Verhältnissen der schweizerischen Kantone leicht und zuverlässig zu orientiren.

Samuely.

F. Th. Ulrich. Die Deposition und Dereliktion behufs Befreiung des Schuldners. Zürich 1877. (Inauguraldissertation.)

Der Verfasser erörtert zunächst Voraussetzungen, Inhalt, juristische Natur und Wirkung der Deposition; er erblickt in letzterer, abweichend von der herrschenden Ansicht, kein Surrogat der Erfüllung, keinen gesetzlichen Solutionsgrund, sondern

Digitized by Google

charakterisirt deren Wirkung dahin, daß sie die Verpflichtung des Schuldners zwar nicht aufhebe, wohl aber ihm das gesammte Interesse verschaffe, wie wenn er von derselben befreit wäre. Die Dereliktion hält der Verfasser (ebenfalls im Gegensatze zu den gangbaren Ansichten) überall da für zulässig, wo die Deposition für den Schuldner mit Aufopferungen verbunden wäre, ohne Rücksicht darauf, ob der Gläubiger sich in mora befindet oder nicht. — Wenn man auch nicht allen Ausführungen des Verfassers wird beipflichten können, so darf doch dessen Arbeit als eine willkommene Ergänzung der civilistischen Literatur bezeichnet und auch dem praktischen Juristen zum Studium empfohlen werden, denn dieselbe behandelt ihren, in neuerer Zeit kaum je in zusammenhängender Weise monographisch bearbeiteten Gegenstand auf Grundlage ausgiebiger Benützung des Quellenmaterials, sowie der einschlägigen ältern und neuern Literatur, und geht vielfach auf praktische Detailfragen ein.

Prof. E. Rott.

Juristische Dissertationen der Universität Genf und der Akademie Lausanne.

II.

Covelle, Alfred Lucien, Essai sur le nom en droit civil, Genéve 1878.

Herr Covelle hat für seine Dissertation einen Gegenstand gewählt, der eine eingehende Behandlung wohl verdient. Der Name, den wir tragen, ist ein Theil unseres Selbst; es ist der gleiche, den unsere Eltern trugen und den unsere Kinder tragen werden. Je nach den Handlungen seiner Träger ist er geehrt oder verachtet, erwünscht oder verwünscht. Auf einen Namen, an den ruhmreiche Erinnerungen sich knüpfen, ist der Nachkomme stolz, dagegen wünscht er ihn zu verwischen und der Vergessenheit anheimzugeben, wenn Schmach auf denselben gehäuft wurde. Selbst ohne einen solchen Grund, nur um auf der socialen Stufenleiter höher zu klimmen oder unter angenommenem trügerischem Scheine eine fette dos zu angeln, ziehen Viele ihren Namen aus und lassen ihn wie eine Schlangenhaut liegen, um mit einem neuen Namen wo möglich auch einen neuen, achtungswertheren Menschen anzuziehen. In neuerer Zeit ist der Name den willkürlichen Veränderungen mehr entzogen worden; er wird amtlich beurkundet durch einen Staatsbeamten, eingetragen in ein amtliches Register und gegen Veränderungen durch Gesetze geschützt.

Digitized by Google

Vor der Thür des Standesbeamten muß die Eitelkeit und die Böswilligkeit, deren Objekt der Name ist, Halt machen, wenn auch kratzend und heulend.

Covelle behandelt seinen Gegenstand in zwei Abtheilungen, von welchen die eine der Geschichte, die andere der Gesetzgebung gewidmet ist. In der ersteren handelt er von der Bedeutung der Namen bei den Urvölkern, bei den Griechen, namentlich den Athenern, bei den Römern; ferner von dem Namen während des Mittelalters und bis zur französischen Revolution. Der Abschnitt schließt mit den Mißhandlungen, welchen der Name während der Revolutionszeit ausgesetzt war. Vorerst wurde der Gebrauch der Adelstitel verboten und sodann Jedem gestattet, sich oder seinen Kindern beliebige Namen beizulegen. Ein ausgetretener Priester nannte sich Apostat statt Erasme; Andere nannten sich Dix-Août, La Loi; der spätere Herzog von Piacenza, Lebrun, gab seiner Tochter die Namen Civilis-Victoire-Jemapes-Dumourier-République. Andere änderten dieselben je nach der politischen Windrichtung, so daß ein Kind successiv die Namen Mirabeau, Petion, Danton und Robespierre ertragen mußte. Diesem Skandal machte das Gesetz vom 6 fructidor an II ein Ende, indem es die Namensänderung verbot und verordnete, daß Jedermann denjenigen Namen beibehalten müsse, welcher ihm bei der Taufe sei beigelegt worden. Im Jahre 1808 (20. Juli) zwang Napoleon auch die Juden, bestimmte Familiennamen anzunehmen, doch durften sie weder dem alten Testament, noch Städtenamen entnommen sein.

Der zweite Abschnitt ist der Gesetzgebung gewidmet und zerfällt in sieben Abtheilungen. In der ersten werden die Modificationen behandelt, welche der genferische Code civil durch das eidg. Gesetz über die Beurkundung des Civilstandes erlitten hat. Sodann betrachtet Covelle den Namen als Gegenstand des Eigenthumsrechtes; Recht einen bestimmten Namen zu tragen und zu verhindern, daß Andere ihn unbefugt annehmen. Der dritte Abschnitt behandelt die Fälle, wo Jemand seinen Namen verliert und einen anderen annimmt oder dem seinen einen neuen hinzufügt, somit Ehe, Adoption und Eintritt in ein Kloster. Im letzteren Fall legt ein Individuum seinen bisherigen Namen ab und nimmt einen neuen an, ändert somit seinen Civilstand, ohne daß in den Registern des Civilstandes hievon Erwähnung geschieht. Im folgenden Abschnitt werden die Voraussetzungen erörtert, unter welchen eine Namensänderung zulässig ist, und die Formen, welche dabei gesetzlich beobachtet werden müssen. Covelle beschränkt sich dabei auf die französische und die genferische Praxis und verzichtet dadurch auf ein lehrreiches Material,

Digitized by Google

welches andere Kantone darzubieten vermögen. Erwähnung hätte verdient der Fall des Herrn Dollon, welchen der Einspruch der Gemeinde Ollon hinderte, sich d'Ollon zu nennen, und eine uns noch näher liegende Praxis, wonach seit Jahrzehnten eine ganz incompetente Behörde auf einfaches Begehren dem Namen des Petenten das Prädicat „von" vorsetzt, und dadurch Familiennamen creirt, welche den Vorfahren der jetzigen Träger unbekannt waren. Die Aenderung ist vielfach groß genug, ohne daß es nöthig wäre, sie auf die Namen auszudehnen.

Im fünften Abschnitt wird die Rectification der Namen erörtert, in welchen Fallen sie zulässig ist, wie sie verlangt werden muß und wer sie zu gestatten oder vorzunehmen hat u. s. w. In den beiden letzten Abschnitten endlich wird die Bedeutung und Wahl der Vornamen — früher auch Taufnamen — besprochen und die Annahme von imaginären Namen ohne strafbare Absicht.

Die ganze Disseration ist fleißig und sauber gearbeitet, und wenn sie auch weder viel Neues bringt, noch auch das vorhandene Material vollständig beherrscht, so ist sie doch unserer Aufmerksamkeit und Anerkennung werth. K.

Joh. Michael Franz Birnbaum; ein Cultur- und Lebensbild entworfen von Prof. Dr. Carl Gareis. Gießen 1878.

Den 14. Dezember 1877 beschloß in Gießen sein langes, thätiges Leben der Kanzler der Universität Birnbaum. Geboren den 19. September 1792 vermochte er sich aus kleinen Verhältnissen und bescheidenen Anfängen durch Fleiß, unterstützt durch ungewöhnliche Begabung, zu einer der geachtetesten Stellungen unter den Gelehrten hinaufzuschwingen. Er lehrte an den Hochschulen von Löwen, Bonn, Freiburg, Utrecht und Gießen und machte sich in weiteren Kreisen namentlich bekannt durch seine rechtshistorische Arbeit über die Zehnten — 1831 — und durch zahlreiche Abhandlungen auf dem Gebiete des Strafrechts im Archiv des Criminalrechts, dessen Mitherausgeber er war. An seinem Grabe bezeugte der Rektor der Universität, Wilhelm Onken: „Ein Gelehrtenleben hat hier geendet, das nur einen Ehrgeiz, nur einen Inhalt hatte: Arbeit um der Arbeit selber willen, ein Forscherdasein rastlos fleißig, unermüdet thätig, reich gesegnet mit Erfolg und dabei schlicht, bescheiden und anspruchslos, wie es echtes Verdienst alle Zeit gewesen ist." Unser frühere College Gareis hat dem Verstorbenen einen warmen Nachruf gewidmet und sich ein Verdienst erworben, indem er ihn auch ferner Stehenden nahe gebracht hat. K.

Stämpfliche Buchdruckerei in Bern.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google